

環境リスクとリスク管理の内部化

——ECの環境監査制度の法的意義と実効性——

高橋 信隆

一 はじめに

二 環境問題をめぐる法と経済

1 「法の経済分析」

2 規制的手法の意義と限界

三 法問題としてのリスク管理

(一) 国家のリスク管理と環境法

1 「危険除去の法」としての環境法

2 「リスク」概念

3 法概念としてのリスク

4 国家のリスク管理とリスク管理手法としての環境法

(二) 企業によるリスク管理

四 リスク内部化制度としての環境監査

1 ECの環境監査制度の概要

2 競争を通じての環境保護

3 リスク管理の内部化

五 おわりに

一 はじめに

(1) ドイツ連邦環境庁 (Umweltbundesamt) は、環境に関わる各領域ごとの特殊性に配慮しつつも、それらを全体としての統一的理念の下に論理的に体系化し、立法化すべく、一九九四年の研究報告として「環境法典―各論」(Umweltgesetzbuch-Besonderer Teil: UGB-BT) の草案を公表した。⁽¹⁾ そのうち、法典編纂の基本方針 (Leitgedanken der Kodifikation) の項には、厳格な強制的手法によることなく、市場メカニズムを積極的に利用し、協働的 (kooperativ) にかつフレキシブル (flexibel) な手法を強化することによってよりよい環境保護を実現しようとする意図を看取することができる。すなわち、草案起草者によれば、環境法典は市民および企業を環境保護のために義務づけるだけでなく、むしろ、両者を環境保護の味方につけて政策実現に誘い込もうとするものであり、市場メカニズムを積極的に利用しつつ協働的かつフレキシブルな手法を強化することの本質的意義・機能もその点にある。そして、そのことによって、市民や企業など利害関係人の環境保護に協力する用意 (Kooperationsbereitschaft) と技術革新能力 (Innovationsfähigkeit) を利用することが可能となるだけでなく、厳格な規制法 (Ordnungsrecht) が必ずしも必要とされない領域では「僅かな強制を通じてのより実効的な環境保護」(mehr Umweltschutz durch weniger Zwang) を基本とすべきであることを指摘する。⁽²⁾

(2) ところで、このような草案起草者の考え自体は、すでに一九九〇年の「環境法典―総論」(Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil: UGB-AT) においても、「市場合致性」(Marktkonformität) という見地から、環境保護の

ための手法は原則として市場と調和した介入手法に限定されるべきであり、「市場経済の機能 (Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft) を明らかに妨げるような措置は、これを排除する」という基本原則の中で確認されていた。⁽³⁾

すなわち、「総論」の第六条は、まず第一項で「環境の保護は、市民および国家に信託される。行政庁には、憲法、法律、または法律に基づいて課された課題を果たすことが義務づけられる。行政庁は、環境の十分な保護が市民によつては行われえないか、あるいは行われない場合にのみ、行動すべきものとする。その場合、とくに、環境の保護のための協定 (Vereinbarung) の可能性が考慮されねばならない」と規定し、第二項で、「第一項第二文という課題を実現するために、行政庁および関係者は、それぞれの規定に従つて協働しなければならない」という協働原則 (Kooperationsprinzip) を明示的に採用している。

もっとも、この原則は、事前配慮原則 (Vorsorgeprinzip) や原因者負担原則 (Verursacherprinzip) とともに環境政策および環境法の基本的要素としてしばしば強調されているにもかかわらず、従来、その法的内容について包括的かつ詳細に説明し、かつそれを環境法の体系の中に明確に位置づけるものはなかった。そのためあつて、「総論」では、協働原則が環境の保護に際しての国家と社会との共同作業であること、とりわけ、環境保護についての国家とくに行政権の責任を基本的に考慮したうえで、その環境政策上の意思形成・決定過程への社会的諸勢力の関与にその核心があることを、一般的に記述し、確認したものといえる。したがつて、環境保護は基本的には国家に課された課題ではあるが、決してその義務および責任によつてのみ実現されるべきものではなく、むしろ、国家とくに行政庁は市民の環境保護に協力する用意とそのための技術革新能力とを利用することによつて、その政策を遂行すべきである、ということになる。⁽⁵⁾ 「各論」も、当然のことながら、その延長線上に起草されたものである。

両草案は、以上のように、確かにその基本的方向としては環境保護についての私人のイニシアティブを尊重する途を選択したが、そのことは、環境保護に関する国家の役割や責任を軽減しようとするものでは決してない。むしろ

ろ、学説上の一般的な理解に従えば、国民の生命・健康等が危険に曝されることのないよう制御することは国家の義務であり、したがって、そのような視点からの環境保護については、国家が直接に自己固有の責任でその課題を遂行しなければならない⁽⁶⁾。両草案ともに基本的にはそのことを確認するが、そうすると、環境法の領域における国家による規制的手法の意義および役割は依然として重要であることになる。ただその際に、国家による環境保護が個々の市民や社会の諸団体の協力がなければ十分にその課題を実現できない状況が出現していることに鑑み、両草案はそれを協働原則として明示したものといえよう⁽⁷⁾。

(3) さて、このように、一方では市民や企業の活動によってもたらされる環境への影響を法律によって命令・禁止する、従来からのいわゆる *command and control* というアプローチを軸とし、それをより一層精緻化する理論枠組、および、その前提としての基準設定を合理化する手続的・実体的判断のあり方は、今後も模索され続けねばならない。しかし他方で、両草案も認識するごとく、憲法および規制法上の国家の環境保全義務は、現実には企業をはじめとする私人の主体的取組に大きく依存せざるをえない。市民や企業の協力がなければ、基準の達成だけではなく有効な基準設定さえも不可能な現実が存するからである。もともと、企業等の努力は、それを積極的に促すような何らかのインセンティブがなければ、それを期待すること自体無理である。それゆえ、ここでは、企業努力が環境保全のためのより実効的な手法として制度上機能しうるように、少なくともそれを企業に対する何らかのインセンティブとともに制度化することが必要となる。

そこで、このような方向から近年積極的に展開されているのが、環境問題の政策的解決に経済的手法を導入すべきであるとする主張である⁽⁸⁾。ただ、従来の議論をみると、それは主に経済学（環境経済学）的な視点が中心に据えられ、これまで環境政策の中心的な手法であった規制的手法、とりわけ行政法学上の規制法原理の意義およびそれとの関係については、しばしば等閑視されてきた。他方で、規制法上の視点からも、国民の生命・健康等の確保と

いう課題は国家の憲法上の義務に関わる事項であるという認識もあつてか、伝統的な環境法においては、環境問題の経済学的議論は必ずしも十分な議論がなされてきたとは言いがたい。本稿は、まさにそのような「規制主義と経済分析主義」⁽⁹⁾という両者の議論の中間に位置するものとして、もしくはそれとは異なる視点を提供するものとして、近時ECおよびその加盟国で制度化されるに至った環境監査制度およびそれをめぐるドイツの議論を参照しつつ、両者の若干の意思疎通を試みようとするものである。⁽¹¹⁾

(1) H.D. Jarass/M. Kloefer/P. Kunig/H.-J. Papier/F.-J. Peine/E. Rehinder/J. Salzwedel/E. Schmidt-Abmann, Umweltgesetzbuch-Besonderer Teil (UGB-BT), Berichte 4/94 des Umweltbundesamtes, 1994; vgl. M. Kloefer, Zur Kodifikation des Besonderen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-BT), DVBl. 1994, S. 305ff.

(2) Vgl. Jarass u.a. (FuBn. 1), S. 3ff.; Kloefer, DVBl. 1994 (FuBn. 1), S. 305f.

(3) M. Kloefer/E. Rehinder/E. Schmidt-Abmann unter Mitwirkung von P. Kunig, Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes, 2. Aufl., 1991, S. 14. なお、本草案の内容およびその解説については、vgl. H.-J. Koch, Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch: Der Professoren-Entwurf des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches (AT-UGB), NVwZ 1991, S. 953ff.; H.-J. Koch (Hrsg.), Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch: Symposium über den Entwurf eines AT-UGB, Forum Umweltrecht Bd. 7, 1992; M. Kloefer/P. Kunig/E. Rehinder/E. Schmidt-Abmann, Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-AT), DVBl. 1991, S. 339ff. また、本草案の策定に至るまでの議論の成果については、vgl. M. Kloefer, Systematisierung des Umweltrechts, Berichte 8/78 des Umweltbundesamtes, 1978; M. Kloefer/K. Meberschmidt, Innere Harmonisierung des Umweltrechts, Berichte 6/86 des Umweltbundesamtes, 1986. なお、藤田宙靖「ドイツ環境法典草案について」自治研究六八巻一〇号(一九九二)三頁以下参照。

(4) 東京海上火災保険株式会社編『環境リスクと環境法(欧州・国際編)』有斐閣(一九九六)九九頁参照。

(5) 草案起草者は、「各論」編纂の視点として、以下の諸原則を掲げる。①狭義の環境法、すなわち環境に特殊な法(環境にとって重要な法のみではない)に限ること、②現行の環境法を記録し体系化することによって、法の統一化を図ること、③環境法上の諸手法を発展させること(とくに、協働的・フレキシブルな手法を考慮に入れて)、④環境法の水準を少なくとも現在程度に維持すること(退行禁止)、⑤国内の法発展に適合させること、⑥提案が将来に対しても開かれていること(新たな環境政策的課題および手法との関連でも)、⑦総論の準則の原則的考慮。

⑧ 欧州環境法への適合。Jarass u.a. (FuBn. 1), S. 5.

(6) 学説上は、とりわけ生命・健康的価値などの基本権の実現にかかわる領域については、議会留保(Parlamentarvorbehalt)が徹底されるべきであるといふ。Vgl. M. Kloefer, Staatsaufgabe Umweltschutz, DVBl. 1979, S. 639ff., S. 641ff.; D. Rausching, Staatsaufgabe Umwelt-

schutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167ff.; Kloepper u.a. (Fußn. 3), S. 6ff.; W. Hoppe, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 211ff.

(7) もともと、環境保護という国家的課題 (Staatsaufgabe) が、直ちに国家的義務 (Staatspflicht) になるかどうかにについては争いがある。vgl. Kloepper, Umweltschutz und Verfassungsrecht, DVBl. 1988, S. 305ff., S. 308ff.

(8) これらの議論について、総括的には、天野明弘「環境保護をめぐる法と経済——経済的手法導入の可能性——」ジュリスト 1015号 (一九九三) 八四頁。

(9) K・H・ラデーア「規制主義と経済分析主義を超えて——環境法の新しい課題——」山之内靖ほか編『社会変動のなかの法』岩波講座社会科学の方法 VI (一九九三) 八九頁。

(10) Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29. 6. 1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung. ECの環境監査規則については、高橋信隆「環境監査の法制化と理論的課題——ECの環境監査規則を素材として——」熊本法学八二号 (一九九五) 一頁。なお、ドイツにおいてもEC規則を国内法化するべく、一九九五年に「環境監査法」(Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29. 6. 1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (Umweltauditgesetz-UAG) vom 7. 12. 1995, BGBl. I S. 1591) が制定された。本稿も、本来であれば、その内容を詳細に検討したが、そこのけをぬかぬかしたのが、諸般の事情よりかなわなかった。いずれ検討の機会をもちたい。なお、EC規則については、vgl. L. Knopp/S. Striegl, Umweltschutzorientierte Betriebsorganisation zur Risikominimierung, BB 1992, S. 2009ff.; M. Führ, Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung: neue EG-Verordnung zum Öko-Audit verabschiedet, NVwZ 1993, S. 858ff.; J. Scherer, Umwelt-Audit: Instrument zur Durchsetzung des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt?, NVwZ 1993, S. 11ff.; D. Sellner/J. Schnutenhaus, Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung („Umwelt-Audit“): ein wirksames, nicht ordnungsrechtliches System des betrieblichen Umweltschutzes?, NVwZ 1993, S. 928ff.; J. Kormann (Hrsg.), Umwelthaftung und Umweltmanagement, UPR-Special 5, 1994; G. Lübbe-Wolff, Die EG-Verordnung zum Umwelt-Audit, DVBl. 1994, S. 361ff.; A. Wiebe, Umweltschutz durch Wettbewerb: Das betriebliche Umweltschutzsystem der EG, NJW 1994, S. 289ff.; G. Förschle/S. Hermann/U. Mandler, Umwelt-Audits, DB 1994, S. 1093ff. など。また、この点については、vgl. S. Lütke, Das Umweltauditgesetz-UAG, NVwZ 1996, S. 230ff.; G. Lübbe-Wolff, Das Umweltauditgesetz, NuR 1996, S. 217ff. の序論部分。また、J.-P. Schneider, Öko-Audit als Scharnier in einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, Die Verwaltung 1995, S. 361ff.; W. Ewer, Öko-Audit: Der Referentenentwurf für ein Umweltgutachter- und Standortregistrierungsgesetz und die Übergangslösung zur Anwendung der EG-Öko-Audit-Verordnung, NVwZ 1995, S. 457ff.

(11) 但し、本稿はあくまでも「法律学徒からのやややかな考察にすぎず、環境経済学における議論を本格的に行政法学上の議論に導入しようとするものではない」と、ましてや、後掲の諸文献等で意識されているような「ポストモダンの法理論」や法学と経済学とを止揚して新たな社会

科学の理論を構想しようといった意図は微塵もない。もちろん、本稿作成中にそれらを意識せざるをえない局面が多々存したことも否定はできないが、主たる関心は、あくまでも環境監査制度で採用されている諸手法が規制法上に位置づけられるのかということにあり、それを考察するに際して必然的に環境経済学上の議論を多少なりとも考慮せざるをえなかったというにすぎない。したがって、「若干の意思疎通を試みようとするもの」という本文の意味は、行政法学が他の隣接諸科学（ここでは主に経済学であるが、それにとどまるものではない）におけるさまざまな議論を参考とすることによって、行政法学自身の認識を伝統的な法解釈学の枠に限定することなく、より広いものとして、すなわち後述のような現代的諸状況に対応しうるような枠組みを提供しうる可能性を内包するものとして認識すべく環境監査制度をとりあげているにすぎない。それゆえ、そのことから従来の規制法上の議論の問題点もしくは限界、およびそれに代替しうるような法理論の可能性についての示唆を得ることがあれば、それは予期せぬ副産物である。

なお、本稿の作成にあたっては、ラデア・前掲註(9)をはじめ、彼の論稿から多くの示唆を得た。ただ、その内容は極めて難解であり、その詳細な分析・検討は筆者の能力を超える。その主張については、とりあえず以下のものを参照されたい。K. H. Ladeur, Die rechtliche Kontrolle plausibler Prognosen: Plädoyer für eine neue Dogmatik des Verwaltungshandelns unter Ungewißheit, NuR 1985, S. 81ff.; ders., Entschädigung für Waldsterben?, DÖV 1986, S. 445ff.; ders., Rechtliche Steuerung der Freisetzung von gentechnologisch manipulierten Organisationen: Ein Exempel für die Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen, NuR 1987, S. 60ff.; ders., Gefahrenabwehr und Risikoversorge bei der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen nach dem Gentechnikgesetz, NuR 1992, S. 254ff.; ders., Drittschutz bei der Genehmigung gentechnischer Anlagen, NWZ 1992, S. 948ff.; ders., Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensicherheitsrecht: Zur Weiterentwicklung der Dogmatik der Störfallvorsorge, UPR 1993, S. 121ff.; ders., Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und administrativer Sicherheitskontrolle, BB 1993, S. 1303ff.; ders., Risikooffenheit und Zurechnung: insbesondere im Umweltrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 111ff.; ders., Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Schriften zur Rechtslehre, Heft 167, 1995. また、ラデアの主張の内容および位置づけについては、村上淳一「ポストモダンの法理論」山之内ほか編・前掲書註(9)二六二頁以下、二七二頁以下、同「科学技術の水準と裁判——ドイツの実務と法理論——」同『現代法の透視図』東京大学出版会(一九九六)四三頁以下、六六頁以下など参照。

二 環境保護をめぐる法と経済

1 「法の経済分析」

(1) 環境基本法二二条は、第一項で「国は、環境への負荷を生じさせる活動又は生じさせる原因となる活動……を行う者がその負荷活動に係る環境への負荷の低減のための施設の整備その他の適切な措置をとることを助長することにより環境の保全上の支障を防止するため、その負荷活動を行う者にその者の経済的な状況等を勘案しつつ必要かつ適正な経済的な助成を行うために必要な措置を講ずるように努めるものとする」とし、更に第二項で「負荷活動を行う者に対し適正かつ公平な経済的な負担を課すことによりその者が自らその負荷活動に係る環境への負荷の低減に努めることとなるように誘導することを目的とする施策……を活用して環境の保全上の支障を防止することについて国民の理解と協力を得るように努めるものとする」と規定した。そこには、「都市・生活型公害、地球環境問題にみられるように、今日の環境問題を解決していくためには、通常の事業活動や日常の生活を含めた幅広い社会経済活動を環境への負荷の少ない形で営まれるようにしていく必要がある、このためには、規制措置のみでは十分でなく、市場メカニズムを通じる経済的手法を活用することが必要である⁽¹²⁾」という認識がある。

ところで、経済学では、環境問題が発生する主要な原因として「外部性」⁽¹³⁾の存在をあげる。外部性の問題は、もともと、文字どおり市場の外部に存在するために、資源配分に係る問題解決の主要な部分を市場メカニズムに委ねている経済社会においては、環境資源の効率的な利用は達成できない。しかし、大気や水などの環境資源が大量に利用されるようになると、かつて無尽蔵であると考えられていたそれらの資源を有効かつ適正に配分することが必要となる。そこで、資源利用に伴う環境問題を解決する一つの手法として、すべての環境資源に十分な法的保護が保障される財産権としての実体を付与し、いわば「財」として市場経済システムに組み入れることによって環境資

源の効率的な利用を実現しようとするのである。⁽¹⁴⁾ 一九八〇年代の国家的規制の行きづまりに伴う市場志向的な法觀念の構築をめざした、いわゆる「法の経済分析」⁽¹⁵⁾ という手法などは、まさに以上のような議論の一つの集約点でもあった。⁽¹⁶⁾

そこでは、環境汚染という本来的には市場経済システムに組み入れられないはずのものを市場化することによって、環境資源の配分を合理化することになるため、それは、環境が市場経済に内部化されうる限り極めて有効であることになる。そして、この場合には、企業は外部効果を交換可能な財とすることによってそれを内部化することになり、あるいは、かつては無尽蔵であると考えられていた環境を「財」とみることによってその利用を限定し、生産の手段として市場における需要供給の法則に委ねることになり、したがってまた、環境財としての価値は価格として算出されることになるため、それは本質的にはコストの内部化である。

(2) 他方、環境保全のための法的手法としては、従来より、汚染原因物質ごとに環境基準や排出基準等を定めて企業等に一定の義務を賦課し、それに違反した場合には命令や罰則、あるいは代執行等で対応する「規制的手法」⁽¹⁷⁾ が主として用いられてきた。わが国の公害規制立法も、そのほとんどが基本的にはこのシステムに拠っている。そして、有害物質等の排出基準を設定しその遵守を企業に求めるという手法は、確かにそれによってある程度の環境保全に貢献しうるし、実際にも激甚な公害や環境汚染にかなりの効果を発揮してきた。しかし他方で、見方をかえれば、それは当該基準までは汚染が許容もしくは黙認されることでもあり、汚染が基準内にとどまっている限りにおいては、規制等の監督権限を有効に発動することはできない。もちろん、排出基準等が純粹科学的に決定されていれば、とりあえずは環境を保全するための実効的な手法として機能しえようが、わが国の場合をみても、それは最終的にはむしろ実現可能性などの政策的要素が考慮された上で決定されているのが実情である。⁽¹⁸⁾ そうすると、数字の上では改善の傾向がみられても、市民の実感としてはむしろ汚染あるいは環境の破壊が進行していると評せざ

るをえない状況が依然として続くことになるばかりでなく、基準の設定されていない未規制物質や測定点以外での汚染の進行などについては、これらの手法は有効に機能しないことになる。⁽¹⁹⁾

「法の経済分析」という手法などは、まさに、このような従来からの command and control という手法、すなわち、法的手段によって汚染物質の排出量や全体としての基準を定め、それに基づいて企業活動を直接に制限・禁止しようとする手法に対する批判として登場してきたものであった。ただ、それは市場による内部化を通じて、基本的にはコスト配分の適正化・合理化を図ろうとするものにすぎず、環境の保護あるいは有害な影響が最も少なくなるような環境資源の利用を追求しようとするものではない。しかも、それは環境汚染やそれに伴う損害を単純な形のものとして想定し、それを前提としてそこでリスク配分をいかに合理化するかという視点から構想される。

しかし、近年の環境問題は、多くの生産者や消費者の活動が複雑に絡み合い、更にはその影響も自然環境や生態系等の市場外の経路を通じて波及する、いわばメカニズムもプロセスも未だ十分に解明できていないものが多い。

したがって、環境問題の解決を市場による内部化が無理なく行われることを前提に論ずるのは、その限りでは現実性に乏しいことにもなる。換言すれば、かつて主張された経済的手法の最大の欠陥は、市場のフレキシビリティを過大評価する点にあるし、そこに本質的な限界がある。⁽²⁰⁾ 今日提唱されている経済的手法のなかにも、環境保護を念頭に置いた企業活動に対しての価格の面からのインセンティブが与えられさえすれば、企業の環境保護技術は持続的に革新され、環境の質的改善が次第に実現されていくであろうという前提の下に議論されることがあるが、それも同様の意味において問題がある。⁽²¹⁾

2 規制的手法の意義と限界

(1) そこで、代替的手法として提案されるのが、たとえば、大気という環境媒体に価格をつけ、そのことよって大気の消費の節約を促そうとする環境税や炭素税といわれるものや、その最も進んだ提案として譲渡可能な「環

境証」とでもいふべき証明書を発行する手法などである。⁽²²⁾これらは、経済的手法により企業の経済的利害に働きかけることで、企業行動を変更させたり、企業間の競争に刺激を与えようとする方法であるが、それは、環境保全のための費用を誰が負担するかという問題をさらに押し進め、経済制度全体を環境保全型のものへと変換することを意図している点で、「法の経済分析」よりも優れているとされる。

そして、近年提案されているこれらの経済的手法の最大の特徴は、外部費用の内部化による効率的資源配分の問題を、行政の規制介入によって解決しようとする点にあるといつてよい。すなわち、それらは、環境問題の解決を市場メカニズムに委ねる点では従前の手法と異なるところはないが、それは、あくまでも基準設定によって行政的に規制された市場秩序を前提としたものに他ならない。⁽²³⁾換言すれば、そこには国家の環境政策の目標が前提とされているのであって、そうした明確な方向づけの存しないところで市場原理を唱えた従前の手法の問題性を克服しようとするものであるといえよう。⁽²⁴⁾

ところで、環境への影響を制御するために、法は、有害物質等の排出基準とそれを遵守することによって維持・達成できるであろう環境基準を設定するなどして企業活動を規制しているが、その場合、それが企業活動に伴う外部効果を行政による規制と企業自身による自己責任的制御とに配分的に委ねることによって効率化するということを意味する限りにおいて、そのような規制は、効率的資源配分の問題を解決する手法として有効に機能することになる。このことは、それを企業の側からみるならば、環境法の領域で行われる国家による具体的施策を側面から支え、それをいわば最適化することであり、その際、企業には、市場経済システムの中で行政による環境政策の目標および規制値を実現し、規制・監督の実効性を補完する役割が期待されているともいえる。したがって、その場合の企業によるリスク管理は、それが独自の方法でいわば自己制御として実施されるものであっても、国家との協働が期待されているところでの役割分担としての性格を伴う。それゆえ、企業による自己責任的制御という手法で

の内部化は、それが市場経済に内部化されうるとしても、決してコストの内部化ということのみでは捉えられないものがあり、むしろ、前述のごとく、ここではより明確な、かつ強力な規制法上の枠組みがその前提とされている。⁽²⁵⁾そこで、環境政策に経済的手法を導入しようとするときには、それを規制法的にどのように理解するかの検討も併せて必要となる。

(2) ただ、問題は、その場合の規制のあり方である。規制法にとつての重要な領域である生態系や科学技術における複雑な連鎖は、われわれが十分な経験知を未だ構築できていない諸要因によつて規定されているために、国家は、環境的価値およびそれを保護するために国家が規制的手法をもつて介入するラインを、環境基準や排出基準などの固定化された準則として制度化することができず、したがつてまた、それらを前提として企業に自主的な対応を期待することが難しくなっているため、ここには従来の *command and control* という手法が必ずしも実効的でなくなっているという前提的状況が存する。⁽²⁶⁾

環境へ影響を及ぼす企業活動等を規制するために従来採用されてきた手法をみると、それは環境基準等によつて予め「危険」のラインを明示し、それを回避すること、すなわち「危険の除去」をその本質において目的とするものであった。企業には、本来、周辺の環境と調和する範囲内で、したがつて環境を汚染・破壊したり市民の生命・健康等を侵害したりしない限りにおいて、経済活動の自由が認められ、近代行政法学も、まさに自由な市民社会を理念型として設定し、行政権による市民的自由への干渉を極力抑制するために、行政権の発動を制約するさまざまな法理を形成してきたのであった。そこでは、環境保全に関しての企業のモラルが前提とされているのであつて、行政は、社会の法益に対しての具体的害悪の発生が確実に予想される場合に、その危害防止に必要な最小限度内でその権力の行使が許されるにすぎず、企業活動等による影響が環境基準等で示された危険のラインを下回っていれば、その活動を直接に制限・禁止することはない。⁽²⁷⁾ここでは、当該基準こそが「危険」かどうかを判定する指標に

他ならない。

それゆえ、規制的手法の場合には、基準としての危険のラインを、いわば経験則によって類型的に規範テキストとして与えておくことが必要であったし、それで十分でもあった。環境法においても、もちろんそれは古典的な警察法上の危険概念ほど単純なものではないとしても、環境基準や排出基準等によって環境および生命・健康等へ影響を及ぼしうる危険のラインを示し、そのラインを維持するために命令・禁止もしくは罰則という方法で対処しようとしてきたし、あるいはそれを可能とする確定的な標識を獲得しようとしてきた。したがって、それが環境保全のための実効的な手法として機能しうるためには、それらの基準が純粋科学的に決定されていること、もしくは、そのような決定が現実にも可能であることが、論理必然的に前提とされていたのである。しかし、今日の環境問題は、そのような古典的な法論理によつては対処できず、いわば市民社会の自律性が失われたところで、あるいはそれを期待できないところで、したがってまた、国家の決定構造の枠に収まりきれないところで発生しているのである。それゆえ、ここでの法の任務も、国家の規制的手法による介入を規制するだけでは済まないものとなっている。

そこで以下では、この点を明らかにするために、これまで規制の指標とされてきた「危険」の概念、および、それがいかなる意味で変質しているがゆえに従来の規制的手法が実効性をもちえなくなっているのかについて、順次検討したい。

(12) 環境庁企画調整局企画調整課編『環境基本法の解説』ぎょうせい(一九九四)二三〇頁。なお、経済的手法による環境保全については、環境庁地球環境経済研究会編『地球環境の政治経済学』ダイヤモンド社(一九九〇)、環境庁地球環境経済研究会編『日本の公害体験——環境に配慮しない経済の不経済——』合同出版(一九九二)、OECD環境委員会編(井村秀文監訳・環境庁地球環境部監修)『地球環境のための市場経済革命』ダイヤモンド社(一九九二)、など参照。

(13) たとえば、有害物質を河川に廃棄している企業は、河川が仮に近隣住民の所有物であるとするならば、有害物質等の廃棄によって当然損害

賠償を請求されることになるため廃棄を思い止まるであろうし、逆に、河川が企業の所有物であっても、有害物質等の廃棄によって河川の経済的価値が低下することに気づけば、企業はやはり廃棄を中止したり、その量の削減に努力することになる。しかし、通常は、河川等には私的所有権が設定されていないために、有害物質の廃棄等による汚染は近隣住民や社会全体が負担すべき費用であるとして、企業自らが負担することはない。このような費用、すなわち企業が直接には負担しないが最終的には社会全体の負担となる外部費用は、市場を介することなくある主体から他の主体へと転嫁される費用であり、当該企業の生産物の市場価格にも算入されない。したがって、当該生産物は外部費用を含んでいないという意味で本来の価格よりも安い価格で販売されることになるため、必要以上に大量に生産・消費され、それによって同時に、社会のどこかで有害物質等による汚染に伴う費用を負担することになる。天野・前掲註(8) 八四頁以下など参照。

(14) 以上につき、天野・前掲註(8) 八四頁以下のほか、環境問題に経済学の立場からアプローチする環境経済学の近年の成果として、植田和弘・落合仁司・北畠佳房・寺西俊一『環境経済学』有斐閣(一九九二)参照。

(15) 「法の経済分析」あるいは「法と経済学」に関する文献は枚挙にいとまがないが、とりあえず以下のものを参照。浜田宏一『損害賠償の経済分析』東京大学出版会(一九七七)、平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』一粒社(一九八〇)、小林秀之・神田秀樹『法と経済学』入門』弘文堂(一九八六)、平井宜雄『法政策学(第2版)』有斐閣(一九九五)。このような手法は、とくにアメリカにおいては急速に支配的な地位を占めるに至るが、アメリカにおける議論については、森島昭夫「損害賠償責任ルールに関するクラブレイジ理論」我妻追悼『私法学の新たな展開』有斐閣(一九七五)四〇七頁以下所収、A・M・ポリンスキー(原田ほか訳)『入門法と経済——効率的法システムの決定——』CBS出版(一九八六)など参照。

(16) 環境問題では、それは不法行為法について積極的に論じられてきた。すなわち、企業活動に伴う汚染やそれに起因する各種の被害は、それを経済学的にみるならば外部効果(外部費用)であり、したがってそれに対する法的規制、とりわけ不法行為法に代表される損害賠償制度は、損害およびその責任を誰が負担すべきかを決定することを通じて外部効果を内部化する機能を果たしている。ここで外部効果の内部化とは、外部効果を市場において交換可能な財とすることに他ならないが、そうすると環境汚染による損害すなわち外部効果を交換可能な財とする何らかの仕組みが必要となる。不法行為法は、これについて、損害賠償責任を判定するに際して損害を忍受させる加害者の権利もしくは損害を回避させる被害者の権利を設定し、それを両当事者間においてどのように分配すべきかを決定するルールとして機能することになるが、そうすると、その場合には環境汚染による損害を忍受もしくは回避させる権利がその前提として設定されねばならないし、そのことを通じて初めて、環境汚染に伴う損害は当該権利と取引しうるという意味で交換可能な財となる。植田ほか・前掲書註(14) 二〇九頁以下。

(17) 阿部泰隆・淡路剛久編『環境法』有斐閣(一九九五) 四八頁以下は、環境保全の手法として、①規制的手法、②土地利用規制手法、③事業手法、④買い上げ・管理契約手法、⑤計画的・管理的手法、⑥経済的・誘導的手法、⑦利益の没収手法、⑧補助手法、⑨啓発手法、⑩行政誘導手法、⑪契約手法——公害防止協定、を挙げる。

(18) 北村喜宣「環境基準」ジュリスト増刊・行政法の争点(新版)(一九九〇) 二五六頁以下。

(19) 以上につき、北村喜宣「環境法における公共性」公法研究五四号(一九九二) 二〇一頁、二〇六頁、高橋・前掲註(10) 三三頁以下、阿部

ほか編・前掲書註(17)四八頁以下。

(20) 「法の経済分析」をはじめ、環境法に経済的手法を持ち込むことから生ずる問題については、ラデア・前掲註(9)九一頁以下、天野・前掲註(8)八五頁、植田ほか・前掲書註(14)二二〇頁参照。

(21) かつてわが国でも盛んに議論された空き缶や空き瓶のデポジット制度は、たとえば、ビール等の容器に入れられた商品を購入する際に、その容器の預り金(デポジット)をも含めた金額を支払い、使用後に容器を返却すればデポジット分の金額が払い戻されるというものであるが、それが十分に成果を上げることができなかった要因として、まさにこのような点をあげることができよう。

(22) この制度は、「排出権」あるいは「汚染権」などとも呼ばれるが、要するに、大気や水質を汚染する物質の排出について、各企業に対して許容排出量を設定し、それを超えて汚染物質を排出することになる企業は他の企業より排出権を購入し、他方、汚染物質の排出量が許容量より少ない企業は他の企業に余剰分を売却できるという仕組みである。すなわち、排出権や汚染権を証明する「環境証」を交付することによって、それが需給バランスに基づいて排出権の分配をもたらす一方で、排出権を有している企業は、その権利の譲渡を可能とすることによってそれによる利益を受けることになるから、許容排出量を下回る場合であっても環境保全のための技術を導入する経済的インセンティブをもつはずであるという認識による。なお、アメリカの一九九〇年の大気清浄法には、二酸化硫黄を対象とする排出権の取引が導入されているという。以上につき、阿部ほか編・前掲書註(17)二五六頁以下、とくに二五八頁参照。

(23) 但し、このことは「行政的」規制にとどまるわけではない。すなわち、後述のように「不確実性」への対処が問題となるところでは、環境への影響を大幅に縮減するためには、国家自らがそのことを環境政策上の目標として掲げねばならない。たとえば、国民の生命・健康等の基本権の実現にかかわる領域においては議会留保が義務づけられるとするのが学説上の一般的理解であることは、前述のとおりである。前註(6)参照。

(24) たとえば、環境証といった手法でも、その証明書の価格を規制することなしには、その実効性には疑問がある。このこと自体は、環境問題の解決に経済的手法を導入することを提唱している者にあつても、当然の前提とされているように思われる。これについては、ラデア・前掲註(9)一〇〇頁以下など参照。それゆえ、本文で後述するように、企業によるリスク管理の内部化は、コストの内部化に尽きないものがある。

(25) ただ、このような理解は、経済的手法を「企業による環境保護のための非規制法上のシステム」(nicht ordnungsrechtliches System des betrieblichen Umweltschutzes)とする見解と明らかに異なる。これらによれば、環境保護は国民の生命・健康に直接関わるものであるために、その第一次的責任と義務は国家にあり、基本的にはその規制的手法によってそれが実現されるべきであつて、企業のイニシアティブによるべきではないからである。それゆえ、それらの手法は、規制法的な枠組みとは別次元で捉えられることになる。Sellner/Schutenhaus, NVwZ 1993 (FuBn. 10), S. 928. なお、それを「高権性が縮減されたもの」(hoheitsreduzierend)と理解する見解(H. Hill, Kommunikative Problem bewältigung bei umweltrelevanten Grobvorhaben, DÖV 1994, S. 279ff., S. 282)もあるが、これもほぼ同趣旨と思われる。したがつて、この批判に応えるためには、規制法上の義務を市場経済を通じて実現し、補うことの法的意味が明らかにされねばならない。

(26) 経済的手法が提唱される背景には、まさにこうした事情が存している。環境監査制度が創設された背景との関連でこのことに触れるものとして、高橋・前掲註(10)三頁以下、三三頁以下など参照。

(27) 原田尚彦『環境法(補正版)』弘文堂(一九九四)八六頁。

三 法問題としてのリスク管理

(一) 国家のリスク管理と環境法

1 「危険除去の法」としての環境法

(1) 「危険」(Gefahr) 概念は、行政法学においては、主として古典的な警察法(Polizeirecht)上の核心的概念として用いられてきた。⁽²⁸⁾それは、すでにプロイセン上級行政裁判所の判決にみることができるが、そこでは、事態が妨げられることなく推移した場合に、ある損害に至るであろう状態、すなわち外部からの影響によって法的価値などの減少に至るであろう状態を「危険」として理解している。⁽²⁹⁾そして、このような概念規定は、現在の連邦行政裁判所にも受け継がれ、事態が妨げられることなく推移した場合に、十分な蓋然性(Wahrscheinlichkeit)をもって公の安全の損害あるいは警察法および規制法上保護された法的価値を損なうに至るであろう状態もしくは行動をいうものとされる。⁽³⁰⁾したがって、「危険」の存否は、通常の状態からかけ離れた損害の程度(Schadensumfang)と、平均的な経験知に基づく損害発生確率(Eintrittswahrscheinlichkeit)との積(Produkt)によって判断されることになる。⁽³¹⁾実際には、法益の性質や損害の大きさなどを比較衡量することによって蓋然性の程度が判断されることになるが、損害の程度と損害発生確率との積が一定の、とりわけ規範的に確定された大きさを超える場合には、行政が介入するレベルとしての「危険」が存在することになる。⁽³²⁾

ところで、もともと「警察」(Polizei)の概念は、近代以前のドイツにおいては、「公共の福祉を維持増進するた

めに人々の自由に制限を加えること⁽³⁴⁾を意味する語として用いられ、その権能を君主が独占するところとなり、警察権と呼ばれた。その後、自由主義的法治国思想の展開に伴って、警察権の限界が主張され、「かつてのような社会公共の福祉の維持増進一般ではなく、社会公共の安全・秩序に対する危険を除去するという消極的な警察目的」のために、その限度で人の自由に制限を加える作用⁽³⁵⁾を意味するものとなった。そして、今日のドイツにおいては、警察は、それが本質的には公共の安全・秩序の維持のために行われる「危険の除去」(Gefahrenabwehr)を内容とする全ての国家活動であり、この意味からは、警察法は「危険除去の法」⁽³⁶⁾(das Recht der Gefahrenabwehr)であると理解されている。この点は環境法においても同様である⁽³⁷⁾。

(2) もつとも、環境保全などの行政作用については、かつて、それを伝統的な警察作用とは異なるものとして説明することがあった。すなわち、それをわが国についてみるならば、「各種公害を防止する措置を講じ、その他生活環境を整備して住み良い生活を保障する」などの「規制」は、「単に消極的に、『公共の安全と秩序の維持』という警察の目的を越えて、積極的に、公共の福祉の維持増進を目的とするものであるところに、特色をもつて」おり、この意味での「規制法」は、「警察法のように、消極的に『公共の安全と秩序の維持』という見地から、必要最小限度の取締まりをしようというのとは、その目的を異にする」し、「積極的に公共の福祉を維持増進し、国民生活の調和的發展を図ることを目的」とするものとして性格づけられる、と。このような「規制」および「規制法」の概念は、ある面で警察作用に酷似しながらも、警察および警察法によってはカバーすることのできない多様な行政作用について、警察とは異なる法理でそれを理解し、説明しようとするものであった⁽³⁹⁾。

そうすると、まず、「規制法」が独自の法理を提供する作業として十分成功しているかどうかはともかくとして、現代行政の「規制法」的現象を伝統的な警察法理によつては説明できないとするならば、そこでは何らかの理論的再編作業が求められることになる。その場合に注目されるのは、論者自らが、もともと伝統的な警察作用と理

解されてきたはずの災害対策・交通規制・建築規制すらも、「規制」もしくは「規制法」として説明していることである。そして、その際に強調されるのが、「公共の安全と秩序の維持」という消極目的にとどまらず、公共の福祉を維持増進させるという「目的の積極性」である。

しかし、このような差異は、実はそこで指摘されているように、「従来は、自由国家体制のもとに、単に消極的な『公共の安全と秩序の維持』という観点からの警察的取締りが行われるに止まっていた領域についても、近時、社会福祉国家体制のもとに、積極的な公共の福祉の増進を目的とする行政作用がめだつて広範に行われるようになった⁽⁴⁰⁾」という、国家観もしくは国家体制についての理解の変化に由来するものであるにすぎない。

(3) そこで、これを公害規制や環境行政についてみるならば、「公害規制は個人的な危害防止にとどまらず、地域的な環境保全をはかり、もつて国民の福祉の維持向上に資する積極的目的をもった作用であり、この点で純然たる警察作用と異なることが、現在では一般的に承認されるようになった⁽⁴¹⁾」⁽⁴¹⁾とはいうものの、それが共に古典的な警察法上の「危険」概念を基礎に展開されていることは明らかであるし、積極的作用であるとされる「規制法」でさえも、危険およびその除去が前提とされている。すなわち、かつての公害対策基本法をはじめ、大気汚染防止法や水質汚濁防止法などの環境汚染の防止を目的とする各種の法令、そして公害紛争処理や公害被害者の救済に関する法令、更には地方公共団体の公害規制に関する条例まで含めて、実定法の内容としては、そのような「危険」を前提とし、それへの対策を講ずるための法として存在してきたといっても過言ではない。

むしろ、ここでの問題は、そこで対象とされている現象が伝統的な警察法に収まりきれない複雑な内容を有することになったがゆえに、逆に警察法の枠組みそれ自体が理論的にも現実的にもさまざまな限界に直面しているといふことであつて、警察法それ自体の再編こそが求められているのである。⁽⁴²⁾その最大の要因は、警察法の核心的概念であるはずの「危険」そのものが変質することによって、それを除去する法として展開されてきた警察法理では十

分に対応できず、それへの新たな対応を迫られていることにある。⁽⁴³⁾

そこで次に、従来の「危険」といかなる意味で異質なものが登場し、それに伴い、今日の環境法および環境行政が、「危険除去の法」からどのように変質しつつあるのかを探ることとする。

2 「リスク」概念

(1) 今日の環境法をとりまく状況において特徴的なのは、まず何よりも、企業活動や開発行為に伴う環境への影響を伝統的な因果律に基づき十分な内容をもって予測することが、以前にも増して困難になってきていること、および、そこには不測の事態による損害発生危険性、すなわち不確実性 (Ungewissheit) あるいは「環境リスク」 (Umweltrisiko ; environmental risk) といわれるものが必然的に随伴することである。それは、環境基準等の設定の場合も同様であって、環境リスクの存在を前提としたうえでの意思決定が問題とならざるをえない。⁽⁴⁴⁾ しかも、このような意味での環境リスクについて、それがいかなる内容および程度の危険性を有し、もしくはそれがどの程度の環境汚染や破壊を招来し、結果的に生命・健康等へいかなる被害・損害をもたらすかを予測し、それをどのように定式化するかという問題は、もともと自然科学的課題であるともいえるが、そのような自然科学的知見に基づいていかなる規制を実施するかという価値判断レベルにかかる決定は、優れて政策的な課題であることが、問題を更に複雑にする。⁽⁴⁵⁾

たとえば、産業活動やわれわれの日常生活において使用されるフロンガスによってオゾン層が破壊され、地上に降り注ぐ紫外線の量が著しく増加することによって皮膚ガンの発症率が増えたり、生物の遺伝子に悪影響を与えて生態系のバランスが失われるということが次第に明らかにされているが、どの程度のフロンガスによってオゾン層がどれくらい破壊されるのか、どの程度の破壊によっていかなる影響が生ずるかについては、少なくとも現在の科学水準においては不確実な予測しかできない。しかし、われわれは、このような不確実な状況においても、それを

制御するための政策的決断を迫られている。ここでは、危険の有無そのものが経験則によっては判断できないものであるし、したがってまた危険のラインを基準として一般化することも極めて困難である。更には、さまざまな原因が複雑に絡み合うという要素も、自然環境や生態系への影響のメカニズムやプロセスを、より一層不透明なものとしている。比較的「切迫した危険」を対象とし、その除去を目的としてきた古典的な警察的規制の手法は、そのままの形では維持することはできない。

(2) これとの関連で、近年のドイツにおいては、環境法や工学法 (Technikrecht) といわれる領域で新たに制定された法律が、従来からの「危険の除去」と並んで、「危険の事前配慮」 (Gefahrenvorsorge) あるいは「リスクの事前配慮」 (Risikovorsorge) という概念を用いたり、そのための具体的措置について要求することで、この種の環境リスクに対処しようとしていることがある。⁽⁴⁶⁾

たとえば、原子力法⁽⁴⁷⁾ (Atomgesetz) によれば、核技術施設 (kerntechnische Anlage) の許可は、当該施設の設置および稼働によって発生しうる「損害に対する事前配慮」 (Vorsorge gegen Schäden) がなされている場合にのみ付与されうる旨を規定するし、連邦インミッション防止法⁽⁴⁸⁾ (Bundes-Immissionsschutzgesetz) においても、「有害な環境への影響に対しての事前配慮」 (Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen) がなされているときにのみ施設設置を許可するべく規定されている⁽⁴⁹⁾。同様の規定は、遺伝子工学法⁽⁵⁰⁾ (Gentechnikgesetz) などにもみることができる⁽⁵¹⁾。

このような状況に鑑み、「リスク」 (Risiko) の語を古典的な警察法上の「危険」概念と同様の意味でのマイナス (Minus) 状況を指し示すものとしてではなく、したがってまた、現代の環境法が警察法上の「危険の除去」とは本質的に異質 (aliud) ⁽⁵³⁾ であることを、「危険に依存しない事前配慮」 (gefahrenunabhängige Vorsorge) という表現で特徴づけることがある⁽⁵⁴⁾。それによれば、ここでは厳密な安全工学上の要請すなわち危険のレベルを超えないリス

クへの事前配慮、換言すれば、いわゆる「危険閾」(Gefahrenschwelle)もしくは「有害閾」(Schädlichkeitschwelle)を下回る部分でのさまざまな影響が問題となる、と理解する。⁽⁵⁵⁾ そうすると、それは従来からの「危険の除去」を補うものとして、切迫したものではないが将来的に有害な影響をもたらしうるような行為や、それ自体によつてはともかく、多くの要素の絡み合いによつて法益侵害を生ぜしめる行為、更には、損害発生蓋然性が極めて低いが、全くありえないともいえないような場合に、損害発生潜在的危険を最小限に抑えようとするための概念といえる。⁽⁵⁶⁾ このような場合、従来の理解によれば、危険閾を超えないがゆえに、国家がその除去のための具体的措置をとることが義務づけられることは、原則としてありえない。しかし、法律によつて事前配慮原則が明示されているところでは、リスクを最小限に減らす何らかの義務が生ずることになる。⁽⁵⁷⁾

問題は、それがいかなる性質および内容の義務であるのか、したがってまた、「リスク」なる語が法概念としてどのような意味をもつかにある。以下では、連邦憲法裁判所の著名な判決を素材として、この点につき検討したい。

3 法概念としての「リスク」

(1) ここでとりあげるのは、現代のいわゆる科学裁判において、裁判所が科学技術についてどの程度まで審査できるか、あるいは、どこまで行政の判断を尊重すべきかという行政法学上の最も重要な、かつ困難な問題⁽⁵⁸⁾の一つの方向性を示した一九七八年八月八日の連邦憲法裁判所決定⁽⁵⁹⁾、いわゆるカルカー(Kalkar)決定である。

この事件は、カルカー高速増殖炉(Schnellbrüter)の建設許可の取消しを求める行政訴訟との関連で、許可決定の根拠法である原子力法の合憲性が争われたものであった。すなわち、たとえば原子力法七条二項三号は、許可の要件として「当該施設の設置・稼働によつて生ずべき損害に対し、科学および技術の水準(Stand von Wissenschaft und Technik)に照らして必要な事前配慮(Vorsorge)を行ったこと」を規定するが、このような規定の仕方

は具体性に欠け、人間の尊厳を守るべき国家機関の法的義務などを規定した基本法 (Grundgesetz) 一条一項等に違反するのではないか、というのである。

(2) これについて、連邦憲法裁判所は、次のように述べる。

科学および技術の水準という不確定概念を用いた「原子力法七条二項三号の将来に向かって開かれた規定 (die in die Zukunft hin offene Fassung) は、動態的な基本権保護に仕え、原子力法一条二号の保護目的を、その都度可能な限り最善の状態で実現することに役立つ。これに対して、硬直した規定を策定することで特定の安全基準を法律によって固定化すること (die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln) は、ましてやそれが達成しうるものである場合には、技術的な更なる発展、および、その都度の適切な基本権保護を促進するどころか、むしろ遅滞させる。」「明確性の要請 (das Gebot der Bestimmtheit) は、確かに、法的安定性 (Rechtssicherheit) の保障に寄与する。しかしながら、それは、全ての規律対象について同じように実現されうるものではない。ある程度の法的不安定性 (eine gewisse Rechtsunsicherheit) は、行政の法規命令、行政実務および裁判によって時間の経過とともに一定限度まで縮減されていくものであるが、立法者が非実用的な定めをしたり、あるいは全く規定を置かなかったりせざるをえないようなところでは、それらはいずれの場合でも基本権保護にとってマイナスではあるが、やむをえないこととして甘受されねばならない。」

「同様のことは、原子力法七条二項三号の枠内で考慮されねばならない、いわゆる残余リスク (Restrisiko) についても妥当する」のであって、法律は、その対策をしばしば行政に委ねているが、明確性の要請の本質的な憲法上の機能は、立法者と行政の活動領域を画するところにある (in der Abgrenzung der Handlungsbereiche von Gesetzgeber und Exekutive besteht) から、原子力法が科学および技術の水準と関係づけてリスク対策を行政に委ねるべく規定したからといって、そのことが原子力法の保護目的や事前配慮原則を損なうものではないし、明確性の要請に

も反しない。「行政は、その場合、科学のおよび技術的に代替可能な全ての認識 (alle wissenschaftlich und technisch vertretbaren Erkenntnisse) を考慮に入れ、恣意に流れぬように (willkürfrei) すべきことは、特に強調するまでもない。」

以上の基本的認識をふまえ、連邦憲法裁判所は、更に次のように述べる。

「立法者が施設の設置・稼働あるいは技術的方法による将来の損害の可能性を判断しようとする場合、過去に実際に起きた事故を調査し、将来同種の事故が発生する頻度や経過を推測することに大きく依存せざるをえない。もし、それについて十分な経験的基盤 (hinreichende Erfahrungsgrundlage) が欠けているときには、立法者はシミュレーション (simulierte Verläufe) によって推測するしかない。この種の経験的知識 (Erfahrungswissen) は、たとえそれが自然科学的法則の外観を有しているものであっても、人間の経験が完結していない限りは、常に近似値的知識 (Annäherungswissen) にすぎず、十分な確証を成立させるものではなく、各々の新たな経験を通じて修正可能な (korrigierbar) ものである。」「立法者には、その保護義務との関連で、技術的な施設やその稼働から生じうる基本権に対する危険を絶対的な安全性をもって排除すべく規律することが求められることがあるが、それは、人間の認識能力の限界を見誤ることになる (die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen) し、更には、技術利用を国家が許可することを全て禁止することにもなる。その限りでは、社会秩序の形成のためには、実践理性 (praktische Vernunft) に基づく判断で満足しなければならない。」

そして、決定は、「科学および技術の水準によって事故発生が実際にはありえないとされる場合にのみ許可が与えられる。このような実践理性の限界の彼方にある不確実性 (Ungewissheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft) は、人間の認識能力の限界に由来するものであるために不可避 (unentrinnbar) であり、その限りでは、社会的に相当な負担 (sozialadäquate Lasten) として、全ての市民によって負担されねばならない」とする。

(3) すなわち、この決定によれば、「残余リスク」⁽⁶⁰⁾といわれるような人間の認識能力の限界の彼方にあるような潜在的危険は、当時の科学および技術の水準では知ることのできない、それゆえに予測不可能な損害である。⁽⁶¹⁾したがって、事前配慮という概念は、この見解によれば、まさにそうした予測できない、予め計算することのできない不確実性(残余リスク)に対処するために、さまざまな環境への有害な影響を当時の科学技術の水準に基づいて事前に考慮すべきである、あるいはそれで十分である、ということを示すものに他ならない。⁽⁶²⁾そして、注意を要するのは、それは経験則(Erfahrungssatz)によって知りうる危険を除去し、損害を回避することに向けられたものではなく、それを予測する際に必然的に随伴する不確実性への向き合い方を捉え直すことまでも射程に含めた概念であり、その意味で警察法上の危険概念と本質的な差異がある、という点である。

したがって、ここでは、「科学および技術の水準」なるものが公に画定しうるかどうか、あるいは誰が(立法者か行政か)どのようにして画定するかということもさることながら、危険ラインに達しているかどうかさえも不明な「不確実性」という状況下での決定、換言すれば、「危険を認識することさえできない危険」⁽⁶³⁾(Gefahr, Gefahren nicht zu erkennen)あるいは「危険を誤って評価する危険」⁽⁶⁴⁾(Gefahr einer Fehleinschätzung von Gefahren)の存在を考慮に入れたリスク管理のあり方が問われているのであって、環境に関する法および法学も、そのようなリスクへいかに対処するかが重要な課題とならざるをえない。⁽⁶⁵⁾

4 リスク管理手法としての環境法

(1) さて、以上のように、今日の環境法が警察法上の危険の除去のみではなく、不確実性をも視野に入れたものとして構築されるべきものであるとすれば、不確実性を的確に診断・発見し、かつ管理しうるような、いわばリスク管理(Risikomanagement)の基準を提供することが、まず何よりも求められる。⁽⁶⁶⁾

すなわち、ここでは、従来のごとく危険除去のための基準を明示し、それに基づいて企業活動等を規制する

command and control という手法を規定し、行政のその時々への介入のあり方を規制するだけでは不十分であって、危険かどうかさえも不明な不確実性を予測・分析・評価すること、および、そのような状況下で行われる決定を合理化する仕組みを、何らかの形で提供することが求められているからである。そこでのリスクが、もはや経験則に依拠することによつては回避できない性格のものであり、したがつてまた、科学的に根拠づけられた基準によつてもそれを克服しうるかどうか不明であること、⁽⁶⁷⁾更には、あるリスクを回避しようとする試みが他のリスクを生じさせることもありうるという、さまざまな要素の複雑な絡み合いをも考慮しなければならぬことなど、今日の環境法には、単に危険の除去ということに尽きない、すなわち伝統的な因果律によつては判断することのできない、いわば「不確実性もしくはカオスの合理化」⁽⁶⁸⁾(Rationalisierung von Ungewissheit od. Chaos)とでもいふべきものが要請されている。このような要請の下では、したがつて、科学的に決定された環境基準でさえも、動態的連鎖の複雑性や相互関連性を十分に包摂しうるものとはなりえず、それは単に、危険除去および事前配慮のための静態的なマキシマム (statische Vorsorgemaxime) を定めているにすぎないことになる。⁽⁶⁹⁾

そうすると、そのような意味での環境リスクを克服するためには、まず何よりも、それを総合的に診断し、予測するためのあらゆる道具を発見し、かつそれを有効に利用するためのシステムを構築することが求められる。⁽⁷⁰⁾その場合、環境基準等に表示された科学的知見は、その時々で確立された科学水準を反映したものであるから、それを科学理論的に権威づけることはおそらく可能であろう。しかし、そこで採用された専門家の多数意見は、リスクを予測し、評価するための一つの見識にすぎず、それが「唯一の正しい知」であるわけではない。ましてや、多数説に依拠して設定された基準が「知の統一」をもたらすことなどありえない。極論すれば、そこには基準設定者の主観的確信がかなりの程度反映していることを認めざるをえない。それゆえ、たとえ当該基準が科学者集団内で多数説の地位を獲得し、権威づけられたものであっても、そのことゆえに、それが当該集団の外で行われる決定を、更に

は、「実践理性の限界の彼方にある不確実性」という条件下での決定を正当化したり、権威づけたりすることは⁽⁷¹⁾ない。科学的知見によって得られた基準でさえも、法的なリスク管理の観点からは、決定的な意味をもつとはいえないのである。⁽⁷²⁾科学的認識こそが絶対であって、行政もあるいは裁判所もそれによって得られた基準に従わねばならない、というのはいわば幻想であって、それとても一つの仮説にすぎないことは、既に不幸にして発生した原発事故などの例を示すまでもなく、科学者自身が周知している。⁽⁷³⁾

(2) では、経験則では判断できない、誰も知らない、誰も自らの決定に最終的な責任をもちえないという状況下で、国民の生命・健康等の安全を確保すべく義務づけられる者は、具体的にいかなる決定をすべきことになるのであろうか。

まず、今日の連邦憲法裁判所の確立した判例⁽⁷⁴⁾によれば、立法者は、全ての本質的決定 (alle wesentlichen Entscheidungen) を自ら行うことを義務づけられているため、本来的には「科学および技術の水準」といった不確定概念ではなく、それをより詳細に決めておくことが求められるが、その一方で、あまりにも固定的でいわば加速度的に発展する技術革新に柔軟に対応できないような規定では、むしろ基本権の保護にとっては大きなマイナスとなる事態も生じうる。⁽⁷⁵⁾

これについてカルカー決定は、「科学および技術の水準」といった不確定法概念 (unbestimmter Rechtsbegriff) の使用が法律の明確性という憲法上の要請に反しないことを前提としつつ、次のように述べる。すなわち、「不確定法概念を使用したことによって、それを拘束力あるものとして具体化し、科学および技術の発展に絶えず適合させるという困難が、多少なりとも行政レベルに、法的紛争が生じたときには司法レベルに、それぞれ委譲される。したがって、行政庁と裁判所は、規範レベルの欠缺 (Regelungsdefizit) を埋め合わせねばならない」と。すなわち、原子力法が将来に向かって開かれた規定 (不確定法概念) を用いているからこそ、動態的な基本権

保護が可能なものであって、法律による安全基準の固定化はかえって基本権保護を妨げる、というのである。そうすると、かつて「専門技術的裁量論」⁽⁷⁶⁾が指摘したように、立法者によって具体的判断権を委譲された行政が、その裁量権を行使することによって具体的状況に適合した判断をしたときには、それが優先し、その逸脱・濫用などの場合を除いては、その判断がそのまま尊重されることになるのであろうか。

おそらく、ここで重要な意味をもってくるのが、「実践理性の限界の彼方にある不確実性は、人間の認識能力の限界に由来する」残余リスクが問題となつていくという裁判所の指摘である。このような場合、立法者によってリスク対策を委譲された行政が、カルカー決定が述べるように「科学的・技術的に代替可能な全ての認識 (alle wissenschaftlich und technisch vertretbaren Erkenntnis) を考慮に入れ、恣意に流れぬように」決定すべきことが義務づけられることになるとすれば、立法者はまず何よりも、行政がリスクについて重大な決断を迫られている場合に、その過程で可能な限り多くの知見が得られるような制度的枠組を法律で予め規定しておくことが必要となる。さもなくば、行政に対して「実践理性の限界の彼方にある不確実性」が存する領域で「科学的・技術的に代替可能な全ての認識を考慮に入れ、恣意に流れぬように」決定することをそもそも期待できないからである。このような理解を前提にすれば、当然のことながら、裁判所も行政がそのような努力を十分に尽くしたかどうかを審査することになる。

要するに、ここで国家に求められるリスク管理は、経験的に獲得された認識を提示することによってではなく、⁽⁷⁷⁾当該認識を得る試みそのものを法的規律の対象とすることによって実施されねばならない。繰り返しように、ある科学的認識に基づいて決定された基準によってリスクを克服しようとする試みでは、それが唯一の知見しか採用していない点においても、したがってまた、その知見によっては明らかにされない不確実性を明らかにできないという意味においても、不十分であつて、カルカー決定が述べるように、全ての国家機関が「科学的・技術的に代替可

能な全ての認識を考慮に入れ、恣意に流れぬように」行動しなければならない。したがって、ここではまず何よりも、command and controlによる対処を可能とする明確な標識を獲得することではなく、不確実性という状況にフレキシブルに対応し、決定に際してより多くの「知」をその都度学習しながら獲得しうるような、立法者をはじめとする国家の決定機関の「学習能力」(Lernfähigkeit)を、とりわけ手続的に保障するものとしてのリスク管理のあり方が必要となるであろう。⁽⁷⁸⁾

(3) ところで、伝統的なcommand and controlモデルにおいては、基準としての「危険」のラインを経験則によつて類型的に規範テキストとして与えておくことが必要であつたが、その場合にまず何よりも認識しておくべきことは、リスクの研究・調査の結論だけではなく、その結論を導くためのさまざまな学問的約束事や類型化でさえも重大な不確実性を留保したままで用いられていることである。したがって、リスクの判定を任された専門機関でさえも、確実な結論を示しうるわけではなく、自らの経験・知識に基づいて判断せざるをえないし、場合によつては、それを過剰に信頼・評価することさえありうる。⁽⁷⁹⁾ 換言すれば、不確実性という条件下での決定が、決定者の主観的評価に大きく依存せざるをえないことでもある。⁽⁸⁰⁾ リスクを客観的に評価する基準などはそもそも存在しないのみならず、他方では、法が絶えず更新されるリスク知に具体的・現実的に適合することも不可能である。その限りでは、法律による実質的なリスク管理にはほとんど期待できない。

そうすると、日々更新される技術から発生するリスクを、それに柔軟かつ機動的に対応できない法律によつて詳細に規制することは不可能であることになるために、より現実具体的に専門技術的な立場から対処可能な行政の判断に委ねる方が、より適切な結果を招来させる、ということにもなる。そして、これこそが専門技術的裁量論の意図するところでもあつた。しかし、すでに明らかなように、そこでの議論は線形的な因果律によつてもたらされるであろう「唯一の正しい知」を前提に、それを判断する能力と責任が誰にあるかという論理に他ならないし、それ

に従う限りにおいては、確かに、立法者も、ましてや裁判官も、その能力も責任も有しない。しかし、ここで議論されるべきリスクは、「唯一の正しい知」によつては判断のできない、まさに実践理性の限界の彼方にある不確実性をどのように認識し、評価するかということであつて、ここでは行政の専門技術的判断でさえも「唯一の正しい知」をもたらすわけではないし、少なくとも従来の法的制御の方法は通用しない。専門が分化すればするほど、そしてその内容が高度になればなるほど専門家の知見を尊重するほかはないというのは、その意味では説得力に欠けるし、場合によつては、自らの能力を向上させる努力を怠っている消極的姿勢を正当化するための言い訳にすぎない。立法者も裁判官も、そして行政も、リスク防止のための技術革新能力を発揮しうるよう機能しなければならぬ。ここで重要なのは、いかに多くの「知」を獲得することができるのかという点であり、そのために各国家機関がいかに十分な機能を果たすことができるのかが問われているのである。

そうすると、国家がその憲法上の安全確保義務を果たそうとするならば、形式のみではなく実体的にも厳格なリスク管理の制度的枠組を採用することによつて、行政そのもののリスク管理能力を絶えず向上させうるような組織を構築していかなばならない。その場合、リスク防止のためにいかに多くの「知」を得ることができるかという意味での能力が問われているのであるから、従前のごとく「専門的な知」によつて正当化された基準に拘泥することなく、さまざまなレベルでの「知」を獲得する能力およびそのための組織が求められる。そうすると、そこでは行政自身の専門的な知識のみならず、企業等の技術革新によつて得られる知識をも可能な限り獲得することが最も重要な課題となる。ただ、企業が自己変革に必ずしも敏感とはいえない状況では行政はそもそも多面的な知識を獲得することができないから、行政は企業が常にリスクに対しフレキシブルに対応するよう要請し、かつそれが可能となるように企業の能力を高めていかなばならない。すなわち、国家のリスク管理は、実は企業のリスク管理により大きく依存することになるからである。⁽⁸²⁾したがつて、ここでは、企業自身の学習能力とそれをいかに制度化するか

が問われることになる。

(二) 企業によるリスク管理

(1) 国民の生命・健康等の基本権的価値に関わる領域では、特定のリスクの許容性やリスク評価の基準などリスク管理に関する事項は、まず何よりも立法者による本質的決定が必要である。⁽⁸³⁾そして、行政は、それを技術基準などの行政規則によって更に詳細に基準化したり、⁽⁸⁴⁾ある特定のリスクについてそれを具体的事例に即して克服するために法律上の基本的決定を具体化する責任を有する。

しかし、科学的に決定された環境基準や排出基準でさえも、リスク克服のための確かな行為基準・審査基準となりうるわけではなく、「実践理性の限界の彼方にある不確実性」の回避が暫定的に可能であるにすぎないことは、すでに述べたとおりである。すなわち、本質的決定を行う立法機関のみではなく、行政も、そして司法も、不確実性という条件の下で行動せざるをえないのであり、それゆえ、リスク管理は国家であってもそれを十全に行いうるわけではない。その意味では、環境リスクの克服について、国家が独占権を有しているとは必ずしもいえない状況が存している。むしろ、憲法上の保護義務を規制的手法によって実現しようとする場合には、その手段が有効であること、すなわち、規制される企業の側のリスク管理を十全に制御しうること、企業が暫定的に得られた知識にいつまでももたれかかることなく、不確実性に常にフレキシブルに対応しうるように、そして、そのための能力を高めていくように仕向けていくことが前提とされねばならない。リスクは「社会的に相当な負担として、全ての市民によって負担されねばならない」とするカルカー決定の説示は、おそらくこのような趣旨であるし、そこでは、国家のリスク管理にとって、企業によるリスク管理能力こそが企業活動に伴う不確実性を回避する実効的な手段として位置づけられることになる。⁽⁸⁵⁾

国家による規制の意義および機能が、不確実性を伴う企業活動によって国民の権利利益が侵害されることを排除

することにあるとするならば、何よりも、企業自らが権利侵害の原因を予め排除すべく自らの行動を自主的に管理すること、および、その能力を向上させることが最も効果的であることはいうまでもないし、なおかつ、そのことに關しては、むしろ行政よりも詳細な知識と経験を有しているとさえいえる。その際、行政も企業も、暫定的に得られた知識が、「実践理性の限界の彼方にある」不確実性に対しては、まさに暫定的であるが故にいつまでも維持しうるものではなく、突如として無価値になることを知るべきであり、そのための能力を向上させねばならない⁽⁸⁶⁾。

(2) さて、そうすると、行政による環境リスクの規制は、行政自身による規制のみならず、企業による自己制御的なリスク管理を促進させる法的な規制枠組と連動することによって、国民の権利利益の保護をより充実させるべく機能することになる。しかし、このことは、法的義務の名宛人としての行政の役割を軽視したり、希薄化させるものでは決してない。国民の生命・健康等の基本権的価値に関わる領域においては、行政はそこで生ずるであろう諸問題に關して、規制的手法を駆使して事態に対処すべきことが義務づけられているからである。

ただ、ここで問題となっているのは、行政による伝統的な command and control という手法によっては克服することのできない不確実性であって、このような場合には、行政は経験則から得られた固定的基準による規制を断念せざるをえず、企業による自己制御を規制するもの、すなわち事前配慮という視点からの行政が企業のリスク管理を支援するものとして行われることになる。そして、もし企業によるリスク管理が行政による規制的手法を支え補うものとして行われるとするならば、それだけ行政による直接的なコントロールの可能性は後退することになるであろう。しかし他方で、その分だけ、行政は自らの決断に際して、企業がそのリスク管理において獲得した知識を手に入れることが可能となる。したがって、ここでは、企業による自己制御的なリスク管理のあり方、とりわけ、それを規制法の枠組みの中で理解しうるようなものの見方、国家による独占的な決定構造に収まりきれないリスク管理のあり方、すなわち規制的手法と経済的手法との相互補完的なものの見方が必要とされているのである。

伝統的な固定化された基準に依拠する command and control という規制的手法は、基本的に普遍的な正しい知があることを前提とし、そこでは、もちろんその基準が多少とも更新されうることは認めるものの、行政をはじめとする国家はその当時の「科学および技術の水準」に従ってさえいけばよいと考え、そして他方では、これまで提唱されてきた経済的手法も、各企業が有している知識を集中させれば自ずから問題解決の途は開かれうるとし、不確実性にフレキシブルに対応していくための能力を高めることまでは視野に入れていない点で、いずれも不十分であった。両者ともに、国家による規制と企業の技術的・経済的發展との調整の必要を十分に論じていないからである。⁽⁸⁷⁾

(3) ただ、そのためにはまず、企業は動的過程で発生するさまざまな要因にフレキシブルに対応するだけの企業組織を構築し、リスク対策を実施しうる体制を整備しておかねばならない。⁽⁸⁸⁾ 更にまた、企業には、組織として新たな変動要因を絶えず摂取して自己変革を図るだけの能力も要求される。すなわち、企業は、自らがそのような学習能力 (Lernfähigkeit) を有するという前提があつてはじめて、不確実性という状況下での活動が可能となるのであつて、そこでは、行政による規制も、企業のそのような学習能力を信頼し、それを手続的に保障するような、企業自身によるリスク管理を規制するものでなければならない。環境リスクの規制に係る決定は、確かに優れて政策的な決断ではあるが、それは実体法および手続法上の各種措置と企業による自己変革とが、フレキシブルに、かつ多段階的に組み合わせられることによつてのみ合理化されうるからである。

そして、まさに EC の環境監査制度は、このような視点を内在させるものとして位置づけることができる。なぜなら、それは、行政による規制法上の事前配慮や監督を前提としながらも、リスク管理を企業に内部化することによつてその枠組みを支え、環境基準等の達成に向けられた国家の事前配慮行政を、企業の側から、すなわち不確実なリスクの原因者の側から、いわば市場経済的論理をもつて支えうるものというからである。

そこで、以下では、ECの環境監査制度における環境リスクの内部化とその手法、およびその規制法上の意義を考察する。

- (28) B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 220ff.
- (29) Vgl. z.B. ProVGE 67, 334 ; 77, 333 (338) ; 77, 341 (345) ; 78, 272 (278) ; 87, 301 (310) ; 98, 81 (86).
- (30) Vgl. z.B. BVerwGE 28, 310 (315) ; 45, 51 (57) ; 62, 36 (38f.).
- (31) 前述の環境法典「総論」でも、このような理解を受け継がれていると思われる。Vgl. Kloepper u.a. (FuBn. 3), Legaldefinition § 2 Abs. 6, S. 38.
- (32) Drews u.a. (FuBn. 28), S. 220ff., S. 224 ; W. Hoppe/M. Beckmann, Umweltrecht, 1989, § 4 Rdn. 68 ; BVerwGE 45, 51 (61).
- (33) 警察概念の史的変遷について、簡潔に、vgl. K.-H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in : E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 108f. Rdn. 6ff.
- (34) 小早川光郎『行政法講義上』弘文堂（一九九三）一五頁。
- (35) 小早川・前掲書註（34）三二頁。
- (36) W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in : U. Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1992, S. 170.
- (37) 今日の環境法が、「有害な環境への影響」(schädliche Umwelteinwirkung) などのような多少の表現は異なっても、基本的には古典的な警察法上の危険概念に依拠していることを指摘するものとして、vgl. M. Kloepper, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdn. 9 ; Hoppe/Beckmann (FuBn. 32), § 4 Rdn. 66 ; B. Bender/R. Sparwasser, Umweltrecht : Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 2. Aufl., 1990, Rdn. 281f. ; F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S. 161ff. ; W. Hoffmann, Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe : Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), S. 400ff., S. 442 ; U. Di Fabio, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung : Ist der Umgang mit Risiken rechtlich operationalisierbar ?, NuR 1991, S. 353ff. ; R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrollrechte : Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409ff.
- (38) 田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』弘文堂（一九八三）八五頁以下。すなわち、行政作用の分類上この種のいわゆる規制行政に特別の意義を認めた田中二郎は、「規制とは、公共の福祉を維持増進するために、人民の活動を権力的に規律し、人民に対し、これに応ずべき公の義務を課する作用をいい、規制法とは、右の意味での規制に関する法を総称する」ものであるとし、規制法に含まれるものとして、経済秩序法、経済統制法、公共企業規制法などと並んで、公害対策に関する規制法や原子力等の規制などを例示している（田中・前掲書一〇一頁以下）。したがって、このような分類法に従えば、「国または公共団体が、公害を既然に鎮圧し、未然に防止するために、環境汚染の原因となる事業

活動その他の人の活動を制限ないし禁止する行政作用」である公害規制や環境上の規制は、次の諸点において警察作用とは異なることになる。すなわち、原田・前掲書註(27)八七頁以下によれば、まず第一に、規制の目的に関しては、警察作用が人の健康や財産に具体的な害悪の発生が予想される場合に、いわば消極的に発動されるものであるのに対して、国民が良好な自然環境の中で健康で安全な生活を営むことができるような住み良い環境を積極的に創り出す目的をもつものであり、第二に、規制の内容については、警察作用が直接に有害な行為を制約したり、危険物の除去をはかる作用であるのに対して、それは、間接的な手法も含めて、対象となる行為の性質の違いに応じて多面的な対応を迫られること、そして第三に、規制の手段として、公害規制は、警察作用のように権力的な行為によって行われるのではなく、行政指導や公害防止協定などの非権力的手段も重要な役割を果たしている、と。

実際、公害規制や環境保全に関する行政作用は、多様な手段を用いて、公害や環境破壊を事前に予防したり、あるいはその発生後に迅速・緊急にそれを除去するなどの適切な措置を行うものであり、その意味では、行政の積極的な関与が必要とされ、また、行政の裁量権行使が認められる余地も大きく、警察法にいう消極目的の原則、比例原則、民事不介入の原則などによっては規律することのできない特色を有していることは、論者が指摘するとおりである(遠藤博也『行政法Ⅱ(各論)』青林書院(一九七七)一三二頁)。

(39) 確かに、公害・環境行政の現実をみれば明らかのように、そこに警察の法理がそのまま妥当するかどうかは疑わしいし、むしろ、それにとどまらない積極的作用として理解する必要があることも事実である。しかし、そのことが直ちに警察および警察法とは異なるものとしての規制および規制法などの領域を法理論的に必要とするかどうかは、更に慎重な検討を要するし、結論的にはむしろ、塩野宏も指摘するように、「規制法は、一種の分類概念或いは説明概念としては妥当し得ても、かつての警察法、或いは公企業の特許概念が持ち得たような意味での道具概念性を有し得ない」(塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』有斐閣(一九八九)一九七頁以下所収、二二五頁)ともいえよう。

ただ、問題は、警察などの伝統的概念にしても、果たして道具概念としての機能を十分に果たしているかどうかであって、むしろこの観点からは、伝統的な警察法によっては理解することのできない現代行政をそれとは異なるものとして説明しようとする田中の指摘は、極めて重要である(遠藤博也「規制行政の諸問題」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法の課題』「現代行政法大系1」有斐閣(一九八三)四七頁)。

(40) 田中・前掲書註(38)三六頁以下。

(41) 原田・前掲書註(27)九〇頁。

(42) 警察法は、たとえばその核心概念ともいうべき消極目的性について、それを積極目的を増進する作用をも含むとする有力な異説の存在など、激しい論争がないわけではないが、他の行政作用法領域に比べると、比較的まとまりのある独自の統一的法理の存在する分野とされてきた。規制法の主張は、まさにそのような警察法の堅固な理論枠組からはみ出した現実の行政法現象を説明しようとするものに他ならないが、それは他方で、見方を変えるならば、右の異説の存在からも明らかのように、警察法そのものの内在的限界もしくは現代行政の複雑多様化に伴う警察法の変質とも理解しうる。すなわち、本文で述べたように、近代以前のドイツにおける「警察」の概念は、そこに本来的には積極目的の増進作用も含まれていたはずであるが、国家観やそれを支える思想等の変化に伴い、それを消極目的に限定し、そこに警察法理なるものを形成したのであって、決して質的に全く異なるものがその基盤とされているわけではない。したがって、もともと伝統的な警察と理解されてきたはず

の災害対策、交通規制、建築規制すらも、今日極めて複雑な内容をもつことになったがゆえに、その法理によっては十分説明しきれなくなったことを理由として「規制法」なるものが主張されるが、問題の本質は、その目的の消極性もしくは積極性ということにあるのではなく、ともに危険の除去を意味する「警察」あるいは「規制」とは異質のものが登場したことにある。

(43) すなわち、環境保全のためには、公共の福祉の積極的な維持増進を図るため、人間の生活様式や生産様式までも含めた人間の活動それ自体を規制し、適正に管理することが必要であるし、環境行政の運用においても、そのような発想を積極的に是認する方向での法的論理の構築が不可欠である(このような試みとしては、たとえば磯部力「都市の環境管理計画と行政法の現代的条件」高柳古稀『行政法学の現状分析』勁草書房「一九九一」三三三頁などが興味深い)。しかしながら、理念的にはともかく、現実のわが国の法制度をみると、少なくともこれまででは、このような性格づけが欠落していたといわざるをえない。というよりも、そのような理念の実現は、わが国においては、経済活動や開発行為を規制し管理する法に委ねられてきたともいえるが、周知のように、むしろそれらは公害の発生や環境破壊に寄与してきたとさえいえる。このような法の現実を前にしたとき、公害・環境行政がかつての警察行政と異質なものであることをいかに強調しようとも、更にはそれに警察法と異なる分類上の領域としての規制法なるものを設定したとしても、警察法からの脱皮は理論的にも現実的にも不十分なものにとどまらざるをえない。

- (44) Vgl. E. Rehbinder, Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel, in: E. Fraßen/K. Redeker/O. Schlichter/D. Wilke (Hrsg.), Bürger-Richter-Staat, FS für H. Sendler, 1991, S. 269ff., S. 272ff.
- (45) 植田ほか・前掲書註(14)二二四頁。
- (46) これを扱った論稿は、近年極めて多い。さしあたり、前掲註(11)のラレーアの一連の論稿を参照。なお「危険の除去」(Gefahrenabwehr)「事前配慮」(Vorsorge)および「残余リスク」(Restrisiko)の性質の差異、そしてそれぞれの局面における権利保護のあり方を論ずるものとして、vgl. Kloefer (FuBn. 37), S. 74ff.; R. Breuer, Anlagensicherheit und Störfälle: Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, NVwZ 1990, S. 211ff., S. 213; J. Ipsen, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 177ff., S. 186; I. Appel, Stufen der Risikoabwehr: Zur Neuorientierung der umweltrechtlichen Sicherheitsdogmatik im Gentechnikrecht, NuR 1996, S. 227ff.
- (47) Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 15. 7. 1985, BGBl. I S. 1565, geändert durch Gesetz vom 12. 2. 1990, BGBl. I S. 205.
- (48) § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG.
- (49) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) vom 15. 3. 1974, BGBl. I S. 721, geändert durch Gesetz vom 12. 2. 1990, BGBl. I S. 205.
- (50) § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG.
- (51) Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik vom 20. 6. 1990, BGBl. I S. 1080, geändert vom 16. 12. 1993, BGBl. I S. 2066.

- (52) § 1 Nr. 1, § 6 Abs. 2, § 13 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 GenTG. など「環境リスク法上のリスクをめぐって諸問題について」の詳細については、vgl. Appel NuR 1996 (FuBn. 46), S. 227ff.
- (53) A. Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem: Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht, VerwArch. 1993, S. 484ff., S. 498; C. Koenig, Internalisierung des Risikomanagements durch neues Umwelt- und Technikrecht?: Ein Plädoyer für die Beachtung ordnungsrechtlicher Prinzipien in der umweltökonomischen Diskussion, NVwZ 1994, S. 937.
- (54) R. Breuer, Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts, Der Staat 1981, S. 393ff., S. 412f.; BVerfGE 72, 300 (Leitsatz 4).
- (55) R. Breuer, Umweltschutzrecht, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, Rdn. 184 u. 10. Aufl., 1995, Rdn. 184; vgl. VG Neustadt, Beschluß vom 16. 12. 1992, NVwZ 1992, 1008ff., 1010f.
- (56) Kloepper (FuBn. 37), § 3 Rdn. 12ff.; R. Breuer, Gefahrenabwehr und Risikovorworge im Atomrecht, DVBl. 1978, S. 829ff., S. 836; Ossenbühl, NVwZ 1986 (FuBn. 37), S. 161ff., S. 163.
- (57) Hoppe/Beckmann (FuBn. 32), S. 81; Kloepper (FuBn. 37), S. 79; vgl. auch R. Schmidt/H. Müller, Grundfälle zum Umweltrecht, JuS 1985, S. 776ff., S. 778; S. Himmelmann/A. Pohl/C. Tünnesen-Harnes, Handbuch des Umweltrechts, 1995, A. 2 Rdn. 13. など「環境ミットリアスマン(海老原明夫訳)」「ドイツ行政法の最近の発展(下)」自治研究七二巻一〇号(一九九六)二五頁は「環境行政法などは、危険除去の法をはるかに超えるものである。それは、多くの関係者と協調し、時には対立しながら複雑な配分決定に法的な形式を与えなければならない」「一種の配慮法である」と述べる。
- (58) この問題は、わが国でもしばしば論じられる。たとえば、原田尚彦「行政訴訟の構造と実体審査」田中二郎追悼『公法の課題』有斐閣(一九八五)三三三頁(同『行政判例の役割』弘文堂(一九九一)一一五頁以下所収)、高橋滋「現代型訴訟と行政裁量」弘文堂(一九九〇)および公法研究五三三号(一九九一)所収の諸論稿参照。
- (59) BVerfGE 49, 89; NJW 1979, 359.
- (60) 残余リスクという概念が具体的にいかなるものを指すかについては、必ずしも見解が一致しているわけではない。これについては、桑原勇進「国家の環境保全義務序説(四・完)」自治研究七一巻八号(一九九五)一一一頁以下に詳しい。Vgl. B. Bender, Nukleartechnische Risiken als Rechtsfrage, DÖV 1980, S. 633ff.; Breuer, DVBl. 1978 (FuBn. 56), S. 829ff.; K.-H. Ladeur, Praktische Vernunft im Atomrecht, UPR 1986, S. 361ff.; A. Roßnagel, Die rechtliche Fassung technischer Risiken, UPR 1986, S. 46ff.; H. Sommer, Praktische Vernunft beim kritischen Reaktor, DÖV 1981, S. 654ff.; H. Wagner, Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem, NJW 1980, S. 665ff.; Wahl, NVwZ 1991 (FuBn. 37), S. 409ff.; D. Murawiek, Restrisiko, in: O. Kimmich u.a. (Hrsg.), HdUR Bd. II, 2. Aufl., 1994, Sp. 1719ff.
- (61) Kloepper (FuBn. 37), § 8 Rdn. 16; Breuer, DVBl. 1978 (FuBn. 56), S. 835.
- (62) したがって、この場合、人々によって受忍されるべき不確実性の許容性は、保護財産の価値および期待される規律の効果に応じて、個別の場合ごとに変化する。BVerfGE 49, 89, 138; BVerfGE 50, 290, 331ff.

- (63) F. Nicklisch, Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik, NJW 1986, S. 2287ff., S. 2288ff.; Ladeur, NVwZ 1992 (FuBn. 11), S. 948ff., S. 950; ders., UPR 1986 (FuBn. 60), S. 361ff.
- (64) Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff., S. 498; Di Fabio, NuR 1991 (FuBn. 37), S. 353ff., S. 357.
- (65) 同上, vgl. Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff., S. 490ff.
- (66) Dazu Ladeur, NuR 1987 (FuBn. 11), S. 60ff., S. 61f.; ders., NuR 1992 (FuBn. 11), S. 254ff., S. 261; ders., UPR 1993 (FuBn. 11), S. 121ff.; R. Pitschas, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DÖV 1989, S. 785ff., S. 792f.; E. H. Ritter, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641ff., S. 648.
- (67) たとえば、佐々木力『科学論入門』岩波新書(一九九六)一七九頁は、経験的言明を個々に重ねていってもそれだけでは自然科学の真理性は決定できないという意味での「決定不全性」(underdetermination)を前提として、「科学について一般にわきまえておかなければならぬのは、それが私たちの日常的知識よりはるかに高いレヴェルの知識を提供してくれるものの、決して無謬でも全能でもないことである。私たちの日常的知識という地面に高い梯子をかけた状態を思い描いてみればよい。その梯子の建設にいかほど高度な数学が使われているように、また巧妙な実験による検証が行われているように、地面と梯子の先の知識の水準は質的な相違ではなく程度の違いでしかないのである」とし、「科学といえども、蓋然的な知識にとどまるほかない」と指摘するなど、同書における著者の主張は、本稿との関連でも示唆に富む。
- (68) Koenig, NVwZ 1994 (FuBn. 53), S. 937ff., S. 938.
- (69) Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff., S. 499は、そのような認識を前提として、不確実性という状況と理性的につきあうためには、規律される事実関係およびその探求のプロセスがダイナミックで、かつ複雑な性格を帯びていることを考慮しなければならないとする。
- (70) この点に関して、Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff., S. 499f.は、有効なリスク管理の「本質的なもの」(essentia)を包括的に体系化し、科学的に評価するものとして、以下の四点を挙げる。①極めて詳細なリスク調査(erschöpfende Risikobehung)。これについては、問題となっている全ての影響要因についてのリスク分析の公開が何よりも必要であるとする。更に、行政のリスク知(Risikowissen)を確認し、それを継続的に報じ、潜在的なリスクを査定するのにふさわしい手続の整備が要請されるという。②可能な限りのリスク削減(weitestmögliche Risikoreduktion)。不確実性を減少させるために、法は、行政庁と経営者との間のリスクをめぐっての継続的コミュニケーションを規定し、技術をテストするにあたっての段階的な措置が準備されねばならない。③適正なリスク配分(sachgerechte Risikoverteilung)。ここでは、不確実性という条件下での決定のための一般的なルール、とりわけリスク評価等についての実体的な準則と証明責任の規定が必要となる。④継続的なリスク制御(kontinuierliche Risikokontrolle)。不確実性という条件下での決定は暫定的であるがゆえに、旧来の認識的基礎に基づく措置の可逆性の保障が必要となる。
- (71) 科学理論の「権威」が失われていることについては、村上・前掲書註(11)六六頁以下、特に六八頁、七〇頁。また、佐々木・前掲書註(67)一八〇頁は、裁判の審理においては、「原告と被告がそれぞれに有利な証拠を出し合い、徹底的に議論しあったすえ、真実がどうであった

のかを裁判官が判決する」。「私たちはこのような議論を徹底的に遂行することによって、より確実な結論に達しうる。しかし誤審は残念ながら最終的には防ぎえない。裁判は常に可謬的なのである。科学理論も大同小異である」とする。

(72) Vgl. D. Murawiek, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 207ff., S. 389f.; Ladeur, UPR 1986 (FuBn. 60), S. 361ff., S. 365ff.; ders., NuR 1992 (FuBn. 11), S. 254ff., S. 256; Ossenbühl, NVwZ 1986 (FuBn. 37), S. 161ff., S. 166.

(73) 重大な事故が発生する危険性があるのかどうか、いつ発生するのか、それによってどのような結果が生ずるのか、それらについて科学者が判断できることは、経験則によつては判断できない、ということのみである。とりわけ原発の安全性などについては実験することなど不可能であるし、そもそも経験則を語る余地がないからであり、科学者自身、それらについては何も知らないものである。以上につき、村上・前掲書註(11)五二頁以下、六六頁以下。なお、同書では、ルーマン(N. Luhmann)を引用し、「無知のコミュニケーション」の重要性を指摘する。

(74) Vgl. z.B. BVerfGE 34, 165 (192f.); 40, 237 (249); 41, 251 (260); 45, 400 (417f.); 48, 210 (221).

(75) Vgl. Murawiek, VVDStRL 48 (FuBn. 72), S. 207ff., S. 215; Ladeur, UPR 1993 (FuBn. 11), S. 121ff., S. 122f. また、シュミット＝アスマン・前掲註(57)三五頁は、「ドイツ行政法においては、法律による行政の制御は何よりも実質的法律概念によつて確保すべきものとされている。これが、法律による実質的なプログラム制御という観念である。法律は明確でなければならない、という要請があるが、大抵の場合、その明確性は実質的な明確性として定義されている。本質性理論もまた、実質的プログラム制御の考え方から出発している。実質的な制御が成り立つためには、制御の過程と目標とが、実質的な法律概念によつて表現できる程度に予見可能なものにされていなければならない。しかしながら、まさにこの予見可能性が、行政の現代的課題の多くでは、もはや保障されていないのである。『リスク』とは、まさに経験的知識が欠如している、ということによつて特徴付けられるものである。……したがって、行政の多くの重要な領域において、法律による実質的制御はもはや不可能であるばかりでなく、そうした諸領域における柔軟性の要請に応えることができない、という意味で、不適切なものになつてもいるのである」と指摘するが、おそらく本稿と同旨であろう。

(76) 専門技術的裁量論については、原田尚彦「未来裁判」の限界と可能性——伊方原発判決の意義——同・前掲書註(58)一一五頁以下、同「行政訴訟の構造と実体審査」同前一二六頁以下など参照。

(77) Roßnagel, UPR 1986 (FuBn. 60), S. 46ff., S. 51.

(78) 以上につき、vgl. Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff., S. 502f. なお、BVerfGE 53, 30ff. は「リスク評価に際して、『手続による基本権保護』(Grundrechtsschutz durch Verfahren) が保障されねばならない旨を強調する。これについては、村上・前掲書註(11)五七頁以下参照。

また、これとの関連では、佐々木・前掲書註(67)一九八頁以下にチェルノブイリ原発事故にまつわる興味深い記述がある。若干長くなるが、本稿の視点からも重要であるので引用しておこう。「事故当時ソ連共産党書記長であったゴルバチョフの回想録……には『チェルノブイリ』という見出しをもった小節があり、そこには彼が事故後の政治局会議で発言した内容が再構成されている。『われわれは三〇年間あなたたち、

つまり学者、専門家、大臣から原発はすべて安全だと聞かされてきた。あなたたちも神のごとく見てほしいというわけだ。ところがこの惨事です。この発言は事故後かなり日をおいてからのものであるが、事故直後の政治局会議には科学アカデミー総裁のアレクサンドロフ(チェルノブイリ原発の設計者―筆者註)も出席しており、彼がごく『世俗的な発言』をしたことをゴルバチョフは伝えている。『恐ろしいことはなにも起こってはいません。こんなことは工業用原子炉にはよくあることです。』「ここで事故を起こした原子炉の設計者が事故の責任を問う政治局会議……にその一員として出席していることが注目される。被告と検事をいっしょに演じているようなものである。現在ではチェルノブイリ事故はきわめて旧式の原子炉の制御棒の欠陥であったことが判明しているのだが、事故後汚名を着せられたのは、犠牲的精神で問題解決にあたった現場関係者のみだった。設計者であるアレクサンドロフの責任は問われなかったのである。」「ソ連邦でアレクサンドロフの後継者と目されていたのは、事故当時五〇歳であったヴァレーリイ・レガソフという西側からも一目おかれていた科学アカデミー会員であった。彼は事故後ちょうど二年目にあたる一九八八年四月二六日に自殺した。遺稿には『原発の安全性を確保するためには体制の改革が必要である』とあったという……。レガソフはいかなる『体制の改革が必要である』と考えたのだろうか。ロシアの異論派の科学者として知られたジョレス・メドヴェーヂェフの『チェルノブイリの遺産』は、『ソ連邦においては『消費者でなく生産者が神であるとする戒律』があり、この戒律こそが欠陥をもつ技術をも生きながらえさせていると指摘している。もつと敷衍して言えば、融通のきかない上意下達の官僚的指令体制が技術批判を封じ、それが結局チェルノブイリの事故の根源であったというのである。要するに、下からの民主主義的要求はいうまでもなく、反対派の存在すらも認めなかったソ連邦の体制の改革が必要であったということであろう。』

決定機関の学習能力を保障すべきであるということの意味は、まさにこうした官僚的体制の改革、すなわち、不確実性の評価に際して、その過程で学び得た見識へと直ちに転換しうるような非官僚的な体質が保障されなければならないということにある。ラデア・前掲註(9)一〇五頁が、学習能力とは「定着し定評を勝ち得た知識が長続きしないということ、変化してゆく外界のなかでいつしか、または突如として無価値になるということ」を学ぶことである」というのも同趣旨であろう。

(79) 科学・技術と思想・哲学・政治などとの密接な結びつきについては、佐々木・前掲書註(67)参照。

(80) Ladeur, UPR 1986 (FuBn. 60), S. 361ff, S. 363; Murswiek, VVDStRL 48 (FuBn. 72), S. 207ff, S. 218f.

(81) より正確にいうと、科学における「客観性」が果たしてきた役割がここでは問われている。ただ、この点は本稿の直接のテーマでもないし、ましてや筆者の手におえるものでもないで、本文ではとりあえずこのような表現を用いた。これについては近年多くの著作があるが、比較的手頃なものとして、中村雄二郎『臨床の知とは何か』岩波新書(一九九二)など参照。

(82) なお、遺伝子工学上の生物学的安全性との関連で、専門科学的な決定およびその際の多元的な知識の獲得のために複数の専門委員会を組織し、そのことによって科学的な争点を明確にすることの必要性を指摘するものとして、vgl. z.B. Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff, S. 504; W. Graf Vitzthum, Durch das Dickicht des deutschen Gentechnikrechts, DÖV 1994, S. 336ff, S. 339f. これについては「一九八五年十二月一九日のウィール原発(Kernkraftwerk Wyhl)訴訟についての連邦行政裁判所判決(BVerwGE 72, 300ff, 316)も参照。Vgl. Breuer, NVwZ 1990 (FuBn. 46), S. 211ff, S. 222. なお、わが国の原子力委員会は、原子力政策を決定する過程で国民の意見を反映させ、原子

力に関する理解を求めるために、大幅な情報公開に踏み切る方針を決定した。従来非公開とされていた原子力委員会の専門部会を公開するほか、政策決定過程での報告書案などを公開して国民の具体的意見を広く求め、反映すべき意見は採用し、不採用の意見も報告書と同時に公開するという。これは、高速増殖炉「もんじゅ」のナトリウム漏れ事故を契機に国の原子力政策に対する国民の不信感が高まっていることに対して、秘密主義的な色合いを払拭する狙いがあるといわれる。朝日新聞一九九六年九月二十五日付け夕刊。この決定が今後どれだけ具体化するかは未知数であるが、「情報公開については、科学技術庁や通産省だけでなく、動力炉・核燃料開発事業団や電力会社などにも協力をお願いする」(朝日新聞・同前)という科学技術庁長官の発言は、リスク管理のあり方として本稿と共通のものがある。ただ、情報公開そのものが重要なわけではなく、それを通じていかに多くの知識を獲得できるかが問題となるから、それを可能とするような科学技術庁や通産省の組織的能力の向上こそが問われるのはいうまでもない。

(83) Wahl, NVwZ 1991 (FuBn. 37), S. 409ff, S. 410; Ladeur, NuR 1985 (FuBn. 11), S. 81ff, S. 89.

(84) TA (Technische Anleitung) などはその例である。Vgl. Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff, S. 506. なお、高木光『技術基準と行政手続』弘文堂(一九九五)三〇頁以下参照。

(85) Scherzberg, VerwArch. 1993 (FuBn. 53), S. 484ff, S. 506.

(86) Vgl. Koenig, NVwZ 1994 (FuBn. 53), S. 937ff, S. 939. もっとも、リスク管理を企業に内部化し、そのことを通じて事前配慮や監視といった国家によるリスク管理を支えていかなばならないと主張することは、伝統的な見解、すなわち国家のリスク管理はもっぱら立法者による基本的決定に従うべきであるとする見解と異なることは前述のとおりである(前註(25)参照)。本稿の主たる関心対象である環境監査の議論などは、まさにそのようなものとして位置づけられることになるが、もし、基準化された安全性の目標を達成しようとする国家の配慮行政が、そこでの不確実性を生み出す原因となっている企業行動のあり方によって支えられべきであるとするならば、そのようないわば企業によるリスク管理の「部分的内部化」には、その不確実性を克服するにあたっての何らかのインセンティブとりわけ競争上の刺激が必要となる。すなわち、環境問題の克服を目的として企業内組織を構築することが経済を刺激することにつながる必要があるが、環境監査に関する議論をみると、まさにそのような状況が存しうることを示している。これについては後述する。

(87) 以上につき、ラデア・前掲註(9)一〇六頁以下。

(88) この点は、実は、現在すでに連邦インミッシオン防止法五二a条／五八d条が、同法五／六条の許可要件として、企業内組織の構築とリスクの事前配慮がなされるべきことを要求している。もっとも、そこで要求されている企業内改革や自己制御は、そこに何らかの市場経済的なインセンティブがなければ、企業にとつてはいわば無駄な出費を余儀なくされるだけであって割に合わない。それゆえ、それが市場経済論理に支えられたリスク管理として位置づけられることによって始めて、それらの規定は再評価に値するものとなりうるであろう。

四 リスク内部化制度としての環境監査

1 ECの環境監査制度の概要

(1) 制度の目標

ECでは、かつて詳細に紹介したように⁽⁸⁹⁾、環境保全のための新たな手法として環境監査制度をスタートさせた⁽⁹⁰⁾が、その目標を端的に表現すれば、企業の環境対策面での実績の評価および改善、そしてそのための企業による環境保全システムの構築およびそのシステムの評価、ならびに各種環境関連情報を公衆へ提供することを通して、したがって、企業が自らの活動の範囲内で国家の環境保全に寄与し、あるいはまた、その取組みを改善していくことにあるといえる。⁽⁹¹⁾すなわち、EC規則によれば⁽⁹²⁾、各企業が事業所や工場等の施設所在地ごとに環境に関する基本方針 (Umweltpolitik) を文書で定め、それに基づく環境目標 (Umweltziel) およびそれを達成するための具体的な環境行動計画 (Umweltprogramm) や環境管理システム (Umweltmanagementsystem) を定立し、それらが達成されているかどうかを体系的 (systematisch) ・客観的 (objektiv) ・定期的に (regelmäßig) 評価することによって、そして更には、企業が取り組んでいる環境保護に関する各種の情報を公衆 (Öffentlichkeit) に提供することによって、企業の環境に対する取組みを改善していくことをめざしたものである。このことによって、企業は、自らの活動に起因する環境への影響を克服することに関しての積極的な役割を、自己責任的に (eigenverantwortlich) 引き受けることになる。

以下、後の論述に必要な限りにおいて説明する。

(2) 環境監査制度への参加

本制度へ参加するかどうかは、企業の自由意思に委ねられているが、参加を表明したときには、企業は環境基本

方針 (Umweltpolitik) を定め、かつそれを遵守しなければならない。そこには、環境法上の関連法規の遵守も含めて、当該企業の環境保全についての全ての目標 (Gesamtziel) と行動原則 (Handlungsgrundsatz) が明示されねばならないが、そのほかに、エネルギーや水資源の削減およびリサイクル措置、環境にやさしい生産方式 (Produktionsverfahren) およびデザインや包装も含めた製品企画 (Produktplanung)、従業員の情報や訓練のあり方なども明らかにすることになっている。

そのうえで、参加企業は、各施設ごとの現況 (Ist-Zustand) を調査することで環境監査を実施することになるが、その際、環境に重大な影響を与えられと思われるデータ、すなわち使用されるエネルギーや原材料の種類、廃棄物の処理方法、そして汚染原因や操業に伴う騒音、さらには企業の組織状況等も含めて、監査に必要とされるデータが収集・調査される⁽⁹³⁾。そして、このような現況調査の結果を踏まえて、企業は、各施設所在地ごとに環境行動計画 (Umweltprogramm) を作成し、当該施設について将来的に発生することが予想される環境に対する諸影響との関連で、具体的な目標や環境保全のための措置、およびそれらを実施し実現するための期間を掲げねばならない⁽⁹⁴⁾。

企業は、また、環境保全のための組織構造、諸権限の所在、指揮命令系統の明確化およびそれらのフローチャート、具体的手続のあり方等に関する環境管理システム (Umweltmanagementsystem) を構築し、それによって環境基本方針および環境行動計画の実施を保証しなければならない⁽⁹⁵⁾。これは、従来から業務監査として実施されてきた企業内監査 (interne Umweltbetriebsprüfung) に相当するものである⁽⁹⁶⁾。

(3) 環境報告書の作成

右のような監査の各段階を経た後、企業は、各施設の所在地ごとに環境報告書⁽⁹⁷⁾ (Umwelterklärung; Environmental Statement) を作成しなければならないが、それは、各施設ごとの環境保全の達成度 (performance) についての信頼度の高い客観的な情報を公衆 (Öffentlichkeit) に提供することが目的であるから、専門的・技術的なものでは

なく、「簡潔で、理解しやすい」(knapper, verständlicher)形式・内容および表現をもってなされねばならない⁽⁹⁸⁾。環境報告書には、概ね、当該施設所在地での企業活動の内容、当該企業活動に関わる全ての重要な環境問題についての説明、有害物質や汚染原因、廃棄物の処理方法、原材料やエネルギーおよび水の消費量などの環境に関わる重要なデータ、企業の環境基本方針や環境行動計画および環境管理システムについての説明、当該施設所在地での環境保護手法の達成度の評価、および次回の環境監査報告書の呈示のための期間、更には認定を行う環境検証人の名前などが記載される⁽⁹⁹⁾。

(4) 環境検証人による監査

環境報告書は、正式に認定された独立の環境検証人(Umweltgutachter)により審査される⁽¹⁰⁰⁾が、具体的には、①企業がEC規則に示された自己責任を文書により明確にし、環境行動計画や環境管理システムを適切に構築しているかどうか、②現況調査やそれに基づく企業内の環境監査が定期的かつ適正に実施されたかどうか、そして、③環境報告書の記載内容が信頼に足るものであるかどうか、および、当該施設所在地にとって重要な全ての環境に関する問題に対して十分に検討が加えられ、かつ適切な説明が加えられているかどうか、などの内容をもって実施される⁽¹⁰¹⁾。

環境検証人による環境報告書の認定は、EC規則に規定する全ての要件が充足されたときにのみ行われるが、企業が作成した環境報告書に特別の異議がないときには、検証人は直ちにそれを妥当なものとして認定しなければならない⁽¹⁰²⁾、また、環境報告書における叙述や表現の仕方もしくは説明が不十分であるときには、それを訂正・補正した後に認定がなされる⁽¹⁰³⁾。このようにして認定された環境報告書は、国家の権限ある機関を通じて当該施設所在地の名簿に登録され、その企業は一定の範囲で本制度に参加し監査を効果的に実施したことについての参加宣伝を行うことができる⁽¹⁰⁴⁾。

2 競争を通じての環境保護

(1) さて、以上から明らかなように、参加企業は全ての環境法上の関連法規を遵守すること、および環境保護に適切に取組む姿勢と、そのために自らの経営システムを継続的に改善していくことに関する自己責任とを環境報告書において明らかにし、それを公表する義務を負う。そして、EC規則は、企業の自己責任的活動を促進するための手法として監査という方式を採用し、そのことによって環境検証人の評価のための手がかりを与え、かつ、その監査に法的な根拠を与えている⁽¹⁰⁵⁾。

ただ、この制度が従来からの command and control という規制的手法の実効性を補完しうるか、ということもさることながら、まず問題となるのは、その前提として、この制度およびそれに基づく企業の環境管理システムがはたして効果的に作用しうるのかどうか、およびそのための要因をどこに求めることができるのか、ということである。

(2) 本制度の大きな特徴の一つは、前述のように、本制度への参加が企業の自由意思に委ねられていることである⁽¹⁰⁶⁾。強制監査の方法によらずとも企業を本制度へ参加させる十分なインセンティブが働くという判断が、そこには存している。そして、それはおそらく本制度制定の経緯に密接に関わる。

すでに指摘したように⁽¹⁰⁷⁾、ECが環境監査に関する規則を制定しようとした背景には、第一に、環境に関する各種情報について住民のいわゆる「知る権利」を規定した一九九〇年の指令⁽¹⁰⁸⁾ (Richtlinie des Rates über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt) の採択に伴い、企業は環境情報の公開に備えて「効果的な内部環境保護システム」の確立の必要に迫られたが、その際の中心的な手法とされたのが環境監査であったこと、他方で第二に、その指令との関わりで、行政側にも各種環境法に基づく企業の情報公開要件を確立する必要があった、という事情がある。そして、この指令の採択には、環境問題への市民の意識の高揚、それに伴う市民自らのライフ・スタイルの見

直しとそれに見合った商品の選択、およびそれを製造する企業の選択といった消費者運動や市民運動などの組織的活動の顕在化という状況が大きな役割を果たしている。その結果、製造工程や製品の社会・環境親和性⁽¹⁰⁹⁾ (Sozial- und Umweltverträglichkeit) が、かつてないほど企業活動の重要な要因となっており、次第に社会的貢献へ向けての活動を強めざるをえない状況が生じつつある。ここでは、企業は、その活動や製品に対しての提案や批判などの社会的現実⁽¹¹⁰⁾に機敏に反応し、自ら積極的に社会的責任を果たさざるをえない。本制度は、まさに、このような市民の意識変革と、それに積極的に応え、その状況下での競争に生き残ろうとする企業の自己変革の意識とに支えられたものという。この観点からは、本制度は、市民および消費者に提供される企業情報の信頼性を重要な要素としていることになるが、その信頼性が確保されることによって、市民のみではなく、保険会社や銀行までもが当該企業に目を向けることになるであろうというECの判断が、そこには存している⁽¹¹¹⁾。ただ、本制度は、その実効性の確保を企業の環境意識の高揚にのみ依存しているわけではなく、企業間の公正な競争が不正な情報によって妨げられることのないように監査に法的根拠を与え、そのことによって環境汚染に対しての制御機能を果たそうとしている。それゆえ、この制度が実効的に作用するためには、制度的にも現実にも企業間の公正な競争 (Wettbewerb) が確保されていなければならない。自己監視のための環境管理システムを構築したり、かつそれを定期的に点検するとともに環境検証人による検証・認定を受けたりすることまで要求していることは、その点で意味がある⁽¹¹²⁾。すなわち、あえて結論的な部分を先取りしていえば、環境監査制度は、企業間の私的な競争に支えられつつも、それが環境保全上の目標の上に構想され、そのことによってより効果的な環境保全を達成しようとする制度である、という。

3 リスク管理の内部化

(1) では次に、右に述べた環境監査システムによるリスク管理は、危険配慮行政を通じての国家のリスク克服の

実効性を補いうるのであろうか。

ここでまず確認しておかねばならないのは、本制度の創設によって、企業による自己制御的なリスク管理が法的制度としてより一層強力に推進されることとなり、その結果として国民の生命・健康等を保護すべき国家の義務を側面支援することになるには違いがないが、決してそれ以上のものではなく、企業が国家の義務を肩代わりしたり、それを共同で履行することまでも意味するわけではないことである。すなわち、基本権保護についての第一次的な責任はあくまでも国家が負っているものであって、企業によるリスク管理に法的な根拠を与えるとはいっても、規制法の枠組みが、あるいは法治国原理そのものが、市場経済的な論理によって、とりわけそこでの偶然性や任意性あるいは企業のコスト回避性向によって、その本質的部分が切り崩されるわけではないし、法的拘束性や法の明確性などの基本的要請が縮減されるわけでもないからである。⁽¹¹²⁾むしろ、それを法の枠組みの下におくことによって、それが完全に市場経済的論理に委ねられるものではないということ、換言すれば、企業による自己制御的なリスク管理を法的に促進させること、したがって、企業自身のリスク管理を法的に評価することを明確にすることを意味する。⁽¹¹³⁾

(2) ECの環境監査制度は、すでに指摘したように、⁽¹¹⁴⁾環境報告書に記載されている内容の正確さを環境検証人自らが情報等を積極的に収集・分析して証明するわけではなく、企業が作成・準備した環境報告書という情報の信頼性・正当性を確認するという監査のあり方である。したがって、単に企業がリスク管理の一環として環境保全に取り組んでいるという事実のみではなく、その内容を自ら積極的に市民に公開し、その意見を反映させつつ管理のあり方を模索していくことに、その意義がある。すなわち、それはいわば情報提供(情報公開)のシステムであり、それゆえにこそ、企業の技術革新への取組みを科学技術の発展に見合った積極的なものへと転換させる可能性を内在させているともいえる。リスクについて十分な対策を講じ、それを極力回避しようとする企業の姿勢は、それ自

体を法的に規律することは極めて困難であるし、適切でもない。しかし、それが環境検証人による認定を経て公表されることによって、企業自身の社会親和性あるいは環境親和性が問われることになるし、それが今後、企業活動にとつてますます重要な要因となっていくことはまちがいない⁽¹⁵⁾。実際、企業が外部からの批判や提案、更には社会的責任を引き受けざるをえない現実はすでに存しているのであり、リスク発生の危険を有する自らの活動や製品について、企業自らもそのような社会の現実を反映させはじめている⁽¹⁶⁾。

過去の原発事故の例などからも明らかなように、そこでは、リスク克服のための機構や組織にながしかの欠陥があることが多い。時には、事故発生を隠蔽したり、それに伴う信用失墜をできる限り少なくすることのみ精力を費やしていると思えないことさえある。このようなときにこそ、まさに、企業等の努力を積極的なリスク管理を実施させる方向へと、すなわち、事故を覆い隠すのではなく、事故に学びながら新たなリスク管理のあり方を模索する方向へと転換させる必要がある。そのためには、市民への情報提供を徹底させ、更にそれを外部の独立した第三者によって検証・認定するという本制度の仕組みは、企業の内発的な自己革新を啓発するものであって、極めて有用であろう。したがって、まず何よりも、国家によるリスク配慮の場合と同様に、企業の組織としての学習能力の向上こそが求められることになる⁽¹⁷⁾。

(89) 高橋・前掲註(10)一頁以下。

(90) 詳細については、前註(10)掲記の諸論稿参照。

(91) このような視点から、本制度は、環境政策を新たに方向づけるもの、あるいは、連邦インシジョン防止法を補完するものと評価されることである。Vgl. Kormann, Vorwort, in: ders. (Hrsg.) (FuBn. 8), S. 5; G. Feldhaus, Umweltschutzsicherende Betriebsorganisation, NVwZ 1991, S. 927ff.; ders., Umwelt-Audit und Betriebsorganisation im Umweltrecht, in: Kormann (Hrsg.) (FuBn. 8), S. 21ff.; M. Kloepfer, Betrieblicher Umweltschutz als Rechtsproblem, DB 1993, S. 1125ff.

(92) Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.

(93) Vgl. Art. 3b i. V. mit Art. 2b u. Anhang I C. der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93; dazu Scherer, NVwZ 1993 (FuBn. 10), S. 111ff., S.

13 unter 3a).

- (94) Vgl. Art. 3c i. V. mit Art. 2c u. Anhang I A. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (95) Vgl. Art. 3c i. V. mit Art. 2e u. Anhang I B. der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (96) 環境監査の類型については、高橋・前掲註(10) 九頁以下参照。
- (97) この語については、かつて「環境声明書」という訳語をあてたことがあった(高橋・前掲註(10) 一六頁以下)が、その後、本制度が広く紹介されるにつれて本文記載の訳語が一般に用いられるようになったこと、および、内容的には変更による不都合は生じないことなどから、この機会に改めることにした。同様の理由から、「環境監査人」(Umweltgutachter)も「環境検証人」に改めた。
- (98) Vgl. Art. 5 II der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (99) 高橋・前掲註(10) 一八頁以下参照。
- (100) Art. 3g der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (101) Vgl. Art. 4 III, V der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93; vgl. auch Anhang III B. der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93. 高橋・前掲註(10) 一九頁以下参照。
- (102) Vgl. Anhang III B. 4a der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (103) Vgl. Anhang III B. 4b der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93.
- (104) Vgl. Art. 10 III der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93. Selner/Schutenhaus, NVWZ 1993 (FuBn. 10), S. 928ff., S. 931 FuBn. 56; Scherer, NVWZ 1993 (FuBn. 10), S. 11ff., S. 14; 高橋・前掲註(10) 二二頁以下参照。
- (105) Schneider, Die Verwaltung 1995 (FuBn. 10), S. 361ff., S. 365f. は、本制度の特徴を以下の一〇項目で簡潔に表現している。①企業による環境基本方針の確立、②第一次の包括的な環境監査、③環境行動計画の確立、④環境管理システムの構築、⑤企業内監査、⑥環境目標の導出と環境行動計画の修正、⑦公衆のために確定される環境報告書の作成、⑧外部の認定された環境検証人による環境報告書の検証、⑨名簿への登録、⑩企業による参加宣伝の使用。
- (106) 自由意思による参加の是非については、かつてしばしば争われてきたし、現在でも議論がある。一九九〇年一二月のEC第一次草案においては、特定の産業活動に対して監査を強制する「指令」(Richtlinie; Directive)としての制度化を予定していたが、強制監査に関して産業界からの反発もあり、最終的には任意監査に変更された。したがって、内容的には産業界に譲歩したことによってかなりトーン・ダウンしたが、他方で、目標達成の方法および手段について加盟国の権限に委ねる「指令」から、内容的要素に關し法的拘束力を有し、かつ全ての加盟国において直接適用される「規則」(Verordnung; Regulation)という形式を採用することによって、本制度の実効性を確保しようとしている。東京海上火災編・前掲書註(4) 五二頁参照。なお、任意参加に賛成するものとして、vgl. Führ, NVWZ 1993 (FuBn. 10), S. 858ff., S. 860. 反対するものとして、vgl. Libbe-Wolff, DVBl. 1994 (FuBn. 10), S. 361ff., S. 373.
- (107) 高橋・前掲註(10) 四頁。

- (89) Vgl. E. Krenner, Umweltschutz durch Umweltinformation : Zur Umwelt-Informationsrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1990, S. 843f. ; R. Engel, Der freie Zugang zu Umweltinformationen nach der Informationsrichtlinie der EG und der Schutz von Rechten Dritter, NVwZ 1992, S. 111ff. ; H.-U. Erichsen, Das Recht auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt : Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und nationales Recht, NVwZ 1992, S. 409 ff. ; A. Scherzberg, Der freie Zugang zu Informationen über die Umwelt : Rechtsfragen der Richtlinie 90/313/EWG, UPR 1992, S. 48ff. ; Rundschreiben des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zur unmittelbaren Wirkung der EG-Umweltinformationsrichtlinie, NVwZ 1993, S. 657f. ; W. Erbguth/F. Stollmann, Zum Entwurf eines Umweltinformationsgesetzes, UPR 1994, S. 81ff. ; R. Haller, Unmittelbare Rechtswirkung der EG- Informations-Richtlinie im nationalen deutschen Recht : Zugleich Anmerkung zu zwei Urteilen des VG Minden und des VG Stade, UPR 1994, S. 88ff. ; R. Röger, Zur unmittelbaren Geltung der Umweltinformationsrichtlinie : Anmerkung zum Urteil des VG Stade vom 21. 4. 1993, NuR 1994, S. 125ff. ; ders., Zum Begriff des Vorverfahrens im Sinne der Umweltinformationsrichtlinie : zugleich ein Beitrag zur Auslegung europarechtlicher Normen, UPR 1994, S. 216 ; T. Schomerus/C. Schrader/B. W. Wegener, Umweltinformationsgesetz : Kommentar, 1995 ; E. Meyer-Rutz, Das neue Umweltinformationsgesetz-UIG, 1995 ; R. Röger, Umweltinformationsgesetz : Kommentar, 1995. なお、本法の内容を紹介・検討したものと、藤原静雄「ドイツ環境情報法(一)〜(四)」自治研究七二巻三号〜七号(一九九六)参照。
- (90) Graf Vitthum, DÖV 1994 (FuBn. 82), S. 336ff., S. 346.
- (10) このことによって企業自体もイメージ・アップを期待できることになるが、このような形で特定の企業を優遇することの問題性については、vgl. Lübbe-Wolff, DVBl. 1994 (FuBn. 10), S. 361ff., S. 373 ; Selner/Schnutenhaus, NVwZ 1993 (FuBn. 10), S. 928ff., S. 932.
- (11) すなわち「ドイツについていうならば、たとえば不正競争禁止法(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)が、紛らわしい方法で製品を製造・販売することを禁止しているため、それによって企業間競争の適正化を図り、かつそのことに関する情報を消費者へ提供することを通じて製品の環境親和性を確保することは可能であったはずである。Wiebe, NJW 1994 (FuBn. 10), S. 289ff., S. 294. なお、ラデア・前掲註(9)一二二頁は、環境保護のためには「競争のさまざまな形のうちでも——目先の利益のために組織と社会の将来すべてを犠牲にすることを企業に強いることによって——技術革新を阻害するようなタイプの競争を、制限しなければならない」。「現在の課題は、技術革新を……組織化すること、その目標を競争の上に置くことなのである。競争を実体化する発想、すなわち競争を制度化しさえすれば社会の生産性はつねに最高に発揮されるという考え方は、右の課題から目を逸らすものでしかない。」「リジッドな生産方式に固執しない柔軟で革新的な企業、競争に敏感であることよりも革新に敏感であることによって内部の安定を保つ仕組みになっている——つまり学習能力のある——企業は、絶えず目先の『対処の必要』に追われながら新たに対処の必要を生み出してゆく企業と比べて、環境保護の利益にとっても透過性が高いと言えるのである」と指摘するが、これも本文で述べたことと同旨であると思われる。
- (12) Koenig, NVwZ 1994 (FuBn. 53), S. 937ff., S. 941.
- (13) ただし、企業によるリスク管理を法的に制御し、義務づけることが直ちにリスクの克服に、したがって安全性の獲得に結びつくわけではな

い。すなわち、ここではリスクに関する知識をいかにして多く集めることができるか、およびそのための企業内組織の構築に努めているかがまず何よりも必要であるから、その前提として、危険のラインを明確に設定して介入すべきかどうかを判断する従前の方式とは明らかに異なるという認識がなければならない。明確な基準に基づいてリスク管理を義務づけても、その基準自体を評価する方法がない以上は、安全性が当然に向上するわけではないからである。

(114) 高橋・前掲註(10)三六頁以下。

(115) 遺伝子工学法との関連でこのことを指摘するものとして、Graf Vitzthum, DÖV 1994 (FuBn. 82), S. 336ff., S. 340.

(116) Hill, DÖV 1994 (FuBn. 25), S. 279ff., S. 283. 以上に「Koenig, NVwZ 1994 (FuBn. 53), S. 937ff., S. 941.

(117) 企業によるリスク管理は、EC規則によれば、法的側面(規制法上の義務履行)、技術的側面(技術の水準との関係)、リスクの側面(環境財や健康および次世代との関連で、リスクをはらんだ技術および物質の使用に際しての企業のリスク評価)、および情報提供の側面(リスクの評価や制御に関する公開性の確立)に関して実施され、それらが独立の環境検証人によるリスク監査を経て公簿に登録される。そして、将来的にはおそらく、たとえば責任保険の契約に際し、企業が実際にどのようなリスク対策を実施しているかという基準として、リスク監査の結果がその内容に加えられることにもなる。そうすると、そのことが企業を本制度へ参加させる誘因ともなる。責任保険制度のこのような展開は、企業自らの意思でリスク管理のための手法を駆使することにもつながるし、行政の側としても、公共工事の指名や財政援助の供与などに際して、監査を受けた企業を優遇する合理的な根拠ともなりうる。Lübbe-Wolff, DVBl. 1994 (FuBn. 10), S. 361ff., S. 373f.; Koenig, NVwZ 1994 (FuBn. 53), S. 937ff., S. 942.

五 おわりに

(1) われわれは、原子力をはじめとして、高度に発達した科学技術の恩恵を享受しつつ生活している。それゆえ、科学技術とのそのような関係を維持する限りは、その利用によって生じうるリスクへの適切な向き合い方を常に模索せねばならない。その場合に考慮しなければならないのは、実際には検証されえないようなリスクであつても、科学理論的にはともかく、生命・健康等の基本権的価値の保護を使命とする法理論上は無視しえないものであること、および、しかし他方ではそのような潜在的危険性は現実には排除できないことである。それゆえにこそ、リスクを伴う科学技術の利用を制限するのであればともかく、そうでない限りは、法制度はリスク判定のための知

識をできるだけ多く獲得しうるように構築されねばならない。その意味では、「実践理性の限界の彼方にある不確実性は全ての市民によって負担されねばならない」というカルカー決定の説示は、リスクに関する知識を開示することを通して新たな知識を獲得すべきことを内容としており、極めて示唆的である。ただ、敢えていうならば、そこでの「実践理性」という基準自体も、それが経験的知識に依拠して設定された境界を示すものであり、必ずしも有効なものとはいえない⁽¹¹⁸⁾。ここでは、危険概念に結びつけられた伝統的な command and control モデルでは克服できないリスクが問題であって、この場合には経験則から得られる「実践理性」という固定的基準による規制がすでに妥当しなくなっているからである。

その点では、環境法典草案(各論)が、従来の規制的手法の実効性を補完すべく、市場メカニズムを利用することによって協働的かつフレキシブルな手法を強化し、僅かな強制を通じてのより実効的な環境保護を図ろうとしていることは、今後の環境保護政策のあり方を考えるうえで極めて興味深い。本草案は、その意味ではこれからの環境法制の一つの指針としての模範的な地位を占めることになるう。

しかしながら、本稿との関連で重要なのは、規制法上の義務が企業のリスク管理を通じて、それに支えられつつ実現されるということであって、草案起草者が述べるように「厳格な規制法が必ずしも必要とされない領域について…僅かな強制を通じてのより実効的な環境保護」(mehr Umweltschutz durch weniger Zwang……für diejenigen Bereiche, in denen das strikte Ordnungsrecht nicht zwingend erforderlich ist)を実現することのみが、あるいはそれ自体が重要となるわけではない。そのことからすれば、本草案が環境保護における市場経済の機能の意義を認識しながらも、企業によるリスク制御のあり方についての明確な法的仕組を準備しなかったことは、いかにも残念であった。すなわち、ここで重要なのは、環境基準等によって環境および生命・健康等への影響を及ぼしうる危険のラインを示し、それに基づいて命令・禁止もしくは罰則を課するという command and control という手法でもな

いし、その機能不全を補うために経済的手法に依存することでもない。規制的手法もしくは経済的手法のみによつては必ずしも十分とはいえないリスクに関する知識の獲得、およびその能力の向上、そしてそれを可能とする組織の構築など、両者の相互補完的なものの見方、換言すれば、伝統的な因果律によつては判断できない、まさに「不確実性もしくはカオスの合理化」とでもいふべき非直線的なカオス的作用連関を合理化しうるような、非線形的モデルが要請されているのである。本草案は、多様な内容および性質のものを体系的かつ論理的な関連をもたせながら一つの法典として統一すべく試みられているが、そこに不確実性に常に対処しうる動的な要素を組み込まなければ、それは単に項目を整理しただけのものにとどまる。リスクに対処するための新たな知識を獲得すべく、法制度そのものが高度の柔軟性と学習能力とを備えていなければならないのである。

(2) もっとも、本草案には、危険物質についてではあるが、人間と環境の保護にとつて必要不可欠なものをまとめた「安全性データ集」(Sicherheitsdatenblatt)の導入を義務づけるなど、安全性のデータを企業が処理したり情報提供する場合の方法についての規定が置かれているし、また、同じく危険物質について、その廃棄物の処理までも含めて、それらの環境へ及ぼす影響を全生産ラインの分析に基づいて報告する義務(Mitteilungspflicht)が規定されているが、これなども従前にはなかった新たな内容のものとして評価しうる。そして、これらの規定が、市民への情報公開と密接に連動しつつ、企業によるリスク管理のあり方として更なる発展を図ることによつて、規制的手法を補うものとして機能する余地はあろう。すなわち、リスク管理に関する情報を公開することによつて、企業自身がリスクについての新たな知識を獲得することができ、その環境への影響についての企業自身の知識が改善されることにもなるからである。そして、そのような企業の取組みとそれを可能とする企業内組織の構築を法的に支えることによつて、企業および行政の変革をもたらしうる。環境監査制度には、その法的意義が未だ十分には明らかにされていない面はあるものの、そのようなものとしての役割が期待されているといつてよい。

- (11) 「美濃町」の基礎問題と「せせ」 vgl. Ladeur, UPR 1986 (Fußn. 60), S. 361ff., S. 363ff.; ders., UPR 1993 (Fußn. 11), S. 121ff., S. 125; B. Bender, Gefahrenabwehr und Risikoversorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheitsrechts, NJW 1979, S. 1425ff., S. 1428 Fußn. 14; Pitschas, DÖV 1989 (Fußn. 66), S. 785ff., S. 793.
- (12) § 454 UGB-BT.
- (13) §§ 458ff. UGB-BT. 及び「せせ」 vgl. Klopfer, DVBl. 1994 (Fußn. 1), S. 305ff., S. 312.